DIE UNSELBSTÄNDIGE STIFTUNG DES PRIVATRECHTS

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades der

Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Bächstädt

aus Göttingen

1965

Göttingen 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

Druck und Schreibsatz: Andreas Funke, Offsetdruck,
34 Göttingen, Paulinerstraße 13
Eingang Gotmarstraße

DIE UNSELBSTÄNDIGE STIFTUNG DES PRIVATRECHTS

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades der

Juristischen Fakultät

der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Peter Bächstädt

aus Göttingen

Göttingen 1966

Berichterstatter: Professor Dr. Karl Michaelis
Mitberichterstatter: Professor Dr. Erwin Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Dezember 1965

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544314_0019

Gliederung

Seite

Einleitung 1

TEIL I: Verwendung und Bedeutung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in der privatrechtlichen Dogmatik 7

1. Kapitel: Die Verwendung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in der Rechtsprechung am Beispiel einiger obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Zivilrecht

Anhang: Zwei Entscheidungen, in denen die unselbständige Stiftung als steuerrechtlicher Begriff verwendet wurde 13

2. Kapitel: Die möglichen Zuwendungsgeschäfte der unselbständigen Stiftung 15

I. Zuwendung des gestifteten Gegenstandes durch Rechtsgeschäft unter Lebenden 16

1. Die Auflagenschenkung als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung 17

a) Überblick über die Entwicklung des Instituts und Abgrenzung der Auflagenschenkung vom entgeltlichen Geschäft 17

Seite

b) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zueinander 21

c) Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem geschenkten Gegenstand 23

2. Der Treuhandvertrag als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung 24

a) Geschichtliche Einführung 25

b) Die Struktur der Treuhandabrede 26

c) Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem treuhänderisch übertragenen Gegenstand 28

d) Abgrenzung der Treuhand von der Auflagenschenkung 30

3. "Datio ob rem" ("datio ob causam") als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung? 32

a) Die römisch-rechtlichen Begriffe "datio ob rem" und "datio ob causam" 32

b) Die Bedeutung von datio ob causam und datio ob rem für das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger 33

II. Zuwendung des gestifteten Gegenstandes durch Verfügung von Todes wegen 36

1. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit Anordnung eines Vermächtnisses (Untervermächtnisses) 36

2. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) unter Anordnung einer Auflage 37

Seite

a) Das Wesen der erbrechtlichen Auflage 38

b) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zueinander 39

α) Die Beziehung Vollziehungsberechtigter - Beschwerter 39

β) Die Beziehung Begünstigter - Beschwerter 41

γ) Die Beziehung Begünstigter - Vollziehungsberechtigter 42

c) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem zugewendeten Gegenstand 43

3. Abgrenzung von Vermächtnis und erbrechtlicher Auflage 43

3. Kapitel: Der Begriff der unselbständigen Stiftung im Verhältnis zu den Zuwendungsgeschäften 44

I. Entstehung des Begriffs der unselbständigen Stiftung 44

II. Versuche in Literatur und Rechtsprechung, dem Begriff der unselbständigen Stiftung einen eigenen Inhalt zu geben. Deren Unzulänglichkeit 46

1. Begriffsbildung im Bereich der schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen 47

a) Abwandlung des Zuwendungsgeschäfts, z.T. durch Zufügung eines zusätzlichen Merkmals 48

Seite

α) Im Verhältnis Stifter - Stiftungsträger 48

β) Im Verhältnis Stiftungsträger - Destinatär 52

γ) Im Hinblick auf das Auftreten eines Kollators neben dem Stiftungsträger 54

b) Die unselbständige Stiftung als gegenseitiger oder nicht gegenseitiger Innominatkontrakt 55

2. Begriffsbildung im Bereich der dinglichen Rechtsbeziehungen 56

3. Die unselbständige Stiftung - ein Begriff mit besonderen Rechtsfolgen im Bereich der Schuldenhaftung? 60

4. Kapitel: Abweichende Begriffsbildungen und Bedeutung der unselbständigen Stiftung im Steuerrecht 67

I. Die unselbständige Stiftung als Sammelbegriff für privatrechtliche Stiftungen, die nicht in der in §§ 80 ff. BGB aufgestellten Form begründet wurden 67

II. Die unselbständige Stiftung im Steuerrecht 69

TEIL II: Die Realisierung der stiftungstypischen Gegebenheiten in den Kategorien des Schuldrechts und des Erbrechts 73

1. Kapitel: Die Struktur der rechtsfähigen Stiftung 74

I. Die Beziehungen der beteiligten Personen zur juristischen Person Stiftung 74

1. Die Beziehung Stifter - Stiftung 74

a) Das Stiftungsgeschäft 74

Seite

b) Die Rechte und Pflichten des Stifters gegenüber der genehmigten Stiftung 79

2. Die Beziehung Organperson - Stiftung 85

3. Die Beziehung Destinatär - Stiftung 90

II. Der Rechtscharakter der Stiftungssatzung 95

1. Die Verweisung auf die Vereinssatzung 96

2. Rechtssoziologische Überlegungen 98

3. Dogmatische Erwägungen 99

4. Ergebnis: Die Stiftungssatzung als objektive Norm 102

III. Die Rechtsstellung des Stiftungsguts 104

IV. Verhältnis der Stiftung zu dritten Personen 106

V. Die Sicherung der Erfüllung des Stiftungszwecks durch die staatliche Aufsicht 107

2. Kapitel: Analyse der Sachverhalte, die von der Rechtsprechung als unselbständige Stiftung qualifiziert wurden. Bildung einer Typenreihe mit den Endpunkten "schuldrechtlicher Vertrag" und "Stiftung"? 109

I. Allgemeine Überlegungen 109

1. Besonderheiten des Zwecks bei der Stiftung 109

2. Der Gesichtspunkt der Willensbildung 110

Seite

3. Die beabsichtigte Dauer des Rechtsverhältnisses 110

II. Prüfung der Stiftungssachverhalte auf das Vorliegen der erwähnten Wesenszüge hin 111

III. "Stiftung" und "Schuldvertrag" als Endpunkte einer Typenreihe? 113

3. Kapitel: Die Unzulänglichkeit der Realisierung der stiftungstypischen Gegebenheiten im Schuldrecht und Erbrecht 115

I. Die schuldrechtliche Verpflichtung des Stiftungsträgers 115

1. Das Wesen der schuldrechtlichen Bindung 115

2. Das Fehlen der Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses bei Stiftungssachverhalten 117

3. Die Unmöglichkeit, ein "Innenverhältnis" zu realisieren 120

II. Die Rechtsbeziehung zu den Destinatären 121

1. Die Unmöglichkeit, Verhaltenspflichten der Destinatäre zu realisieren 121

2. Schwierigkeiten bei der Darstellung der Pflichten der evtl. auftretenden Kollatoren und der Rechte der Destinatäre 122

III. Das Eigentum am Stiftungsgut 124

Seite

IV. Das Verhältnis zu dritten Personen 126

V. Das Fehlen einer staatlichen Aufsicht bei der unselbständigen Stiftung 126

4. Kapitel: Die unangemessene Differenzierung der Rechtsfolgen bei der unselbständigen Stiftung gegenüber der rechtsfähigen Stiftung 127

I. Die Rechtsstellung des Stifters 128

1. Die Autonomie des Stifters bei beiden Rechtsformen 128

2. Die Rechte und Pflichten des Stifters 129

II. Die Rechtsstellung der Destinatäre 130

TEIL III: Versuch einer Neubestimmung des Begriffs der unselbständigen Stiftung nach Inhalt und Anwendungsbereich 133

1. Kapitel: Das Funktionieren der unselbständigen Stiftung in der Praxis am Beispiel der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung 134

I. Die Realisierung der Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck 135

1. Zweckbindung durch öffentlich-rechtliche Pflichten zur Verwaltung der Stiftung 136

2. Zweckbindung durch das Haushaltsrecht 137

Seite

II. Die Realisierung der Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts 139

1. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Verfügungsfreiheit 139

a) Grundbesitz 140

b) Geld 141

c) Bewegliche Sachen 141

2. Haushaltsrechtliche Sicherungen der Zweckbestimmtheit 141

2. Kapitel: Die unselbständige Stiftung des Privatrechts als allgemeiner Begriff 142

I. Entwicklung des Begriffs der unselbständigen Stiftung 142

1. Der Bereich der unselbständigen Stiftung 142

2. Die Realisierung der Zweckbindung 146

II. Abgrenzung von Auflagenschenkung, Treuhandgeschäft und den erbrechtlichen "Zuwendungsgeschäften" 148

III. Abgrenzung von anderen Stiftungen 149

1. Abgrenzung von der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts 150

a) Der Aussagewert des Begriffs unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts 150

b) Das Verhältnis der Bezeichnungen unselbständige Stiftung des privaten Rechts und unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts zueinander 153

Seite

2. Abgrenzung von der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts 154

3. Kapitel: Praktische Auswirkungen der vorgeschlagenen Begriffsbildung 155

I. Im Verhältnis Stiftungsträger - Stifter 156

1. Der Stiftungsakt als Organisations- und Rechtsetzungsakt 156

2. Die Annahme der Stiftung durch den Stiftungsträger 160

3. Die Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger 163

II. Im Verhältnis zu den Kollatoren 169

III. Im Verhältnis zu den Destinatären 170

1. Die Entstehung des Rechts der Destinatäre 171

2. Die Art des Rechtsverhältnisses 172

IV. Die Rechtsstellung des Stiftungsguts 174

Schlußbetrachtung 177

Literaturverzeichnis

Ballerstedt und Salzwedel	Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages Bd.I, 5. Teil, Tübingen 1962
Bekker	System des heutigen Pandektenrechts, Weimar, 1.Bd. 1886, 2.Bd. 1889
Beyerle	Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932
Binder	Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907
Blümich-Klein-Steinbring-Stutz	Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt 1965
Boegl	Der Begriff des Sondervermögens nach Reichsprivatrecht, Beiträge zum Handelsrecht hrsg. von Guido Kisch, Heft 7, Leipzig 1933
Borchers	Zweckschenkung und datio ob causam, Diss. Köln 1932
Brecher	Subjekt und Verband, Festschrift für Alfred Hueck, S.233 ff., München und Berlin 1959
Brinz	Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen und Leipzig 1873 - 1892
Bühler	Begriff und Formen der öffentlich-rechtlichen Anstalt als verwaltungsrechtliches Institut, Diss. Zürich 1929

von Caemmerer	Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel, S. 333 ff., Tübingen 1953 / 1954
Cosack	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I.Bd.: Die Allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, 7. Aufl., Jena 1922
Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.I, Tübingen und Leipzig 1900
Crusen-Müller	Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB, Berlin 1901
Danckwerth	Das Recht der unselbständigen Stiftungen, Diss. Heidelberg 1908
Demelius	Über fingierte Persönlichkeit, IherJb 4/113ff.
Dernburg	Pandekten, 3. Aufl., 1.Bd.: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Berlin 1892
Ebersbach	Die Stiftung des öffentlichen Rechts, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Bd.35, Göttingen 1961
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, 1, 8. Aufl., Berlin 1903, Bd.3, 1, 8. und 9. Aufl. 1919
Enneccerus	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1 Ludwig Enneccerus, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. von Hans Carl Nipperdey, Tübingen, Halbbd.1 1959, Halbbd. 2 1960; Bd.2 Heinrich Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958; Bd. 5 Theodor Kipp, Erbrecht, 12. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1965
Erman	Handkommentar zum BGB, 3. Aufl., 1.Bd., Münster 1962
Esser	Schuldrecht, Allgemeiner und besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960

Fischbach	Treuhänder und Treuhandgeschäfte, Mannheim-Leipzig 1912
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961
Friedmann	Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? (Gutachten) Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, I.Bd., S. 805 ff., Berlin und Leipzig 1930
Gerber	Die Familienstiftung in der Funktion des Familienfideikommisses, IherJb 2/351 ff.
Gerber	Über den Begriff der Autonomie, AcP 37/35 ff.
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, 1.Bd.: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
v. Gierke, Otto	Dauernde Schuldverhältnisse, IherJb 64/355 ff.
v. Gierke, Otto	Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887
v. Gierke, Otto	Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines BGB. Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Heft 18, Berlin 1889
Glück	Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 4. Teil, 1. Abt., Erlangen 1796
Gönnenwein	Gemeinderecht, Tübingen 1963
Gradenwitz	Der Wille des Stifters, Sonderdruck aus der Königsberger Festschrift zur Erinnerung an Kant, ohne Erscheinungsort 1904
Graf	Begriff und Arten der "Stiftung" in Württemberg, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg, 53.Jg. 1911, S.144 ff., 208 ff., 276 ff.

Gutzschebauch	Gemeindeverwaltete Stiftungen, Diss. Leipzig 1938
Handbuch	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hrsg. von Peters, Bd. III: Kommunale Finanzen und Kommunale Wirtschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
Hatschek	Städtische Anstalt und städtische Stiftung, VerwArch 19/303 ff.
Hauger	Die unselbständige Stiftung. Begriff, Geschichte und Wesen, Diss. Heidelberg 1929
Haymann	Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichem Recht, Berlin 1905
Hedemann	Ausstoßung aus Vereinen, ArchBürgR 38/132 ff.
Heise	Grundriß eines Systems des Gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807, 2. Aufl. Heidelberg 1816
Hellwig	Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899
Hellwig	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil, Leipzig 1912
Helmreich	Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 1. Aufl., München 1953
Hettlage	Siehe Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis
Heusler	Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1, 2, Leipzig 1885/1886
Heymann	Wesen und Notwendigkeit der öffentlichen Anstalt, Berlin 1950
Hölder	Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905

Hoeniger	Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, Mannheim und Leipzig 1910
Husserl	Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays, Frankfurt/Main 1955
v. Ihering	Der Zweck im Recht, 1.Bd., 3.Aufl., Leipzig 1893
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Berlin 1931
Jörs-Kunkel-Wenger	Römisches Recht, 3.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
Kaser	Das Römische Privatrecht, 1.Abschnitt, München 1955, 2.Abschnitt, München 1959
Kaser	Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 2.Aufl. München und Berlin 1962
Kerrl-Weidemann	Die Deutsche Gemeindeordnung, 2.Aufl., Berlin 1937
Kipp-Coing	Siehe bei Enneccerus
Klinger	Das Klagerecht des Stiftungsinteressenten, Diss. Bonn 1914
Köttgen	Besprechung der Studie von Molitor: "Über öffentliches Recht und Privatrecht", AcP 151/167 ff.
Kohler	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1.Bd., Allgemeiner Teil, Berlin 1906
Kohler	Über das Recht der Stiftungen, Arch BürgR 3/228 ff.
Kohler	Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch V: Ansprüche zugunsten eines Dritten, Arch BürgR 21/259 ff.
Kunz-Guba-Theißig	Die deutsche Gemeindeordnung, 2.Band, 2.Aufl., Dresden 1940

Kunze-Schmid	Kommentar zur Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 2. Aufl., Stuttgart 1964
Lammfromm	Teilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, Leipzig 1897
Lange	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1960
Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 1.Bd., Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964; 2.Bd., Besonderer Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1965
Lehmann	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl., Berlin 1963
Lenel	Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74/213 ff.
Liebisch	Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd.27, Leipzig 1927
Liermann	Diskussionsbeitrag zum 44. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Bd.II/G, S.G 58 ff., Tübingen 1964
Liermann	Handbuch des Stiftungsrechts, 1.Bd., Geschichte des Stiftungsrechts, Tübingen 1963
Lindemann	Die niedersächsische Gemeindeordnung mit Ausführungsbestimmungen, Hannover 1955
Loschelder-Giere	Gemeindehaushaltsrecht, 2. Aufl., Stuttgart und Köln 1964

Mang	Verwaltungsrecht in Bayern, Bd.2, München 1952
Matthiaß	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1.Bd., 3.Aufl., Berlin 1900
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.II, 3.Aufl., München und Leipzig 1924
Mayer, Otto	Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht, Festgabe für Paul Laband, 1. Band, S.3 ff., Tübingen 1908
Megow	Erbschaftsteuergesetz, 4.Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1959
Merkel	Das Firmare des bairischen Volksrechts, Ztschr. f. Rechtsgeschichte 2/101 ff.
Mestmäcker	Soll das Stiftungsrecht bundesgesetzlich vereinheitlicht und reformiert werden, gegebenenfalls mit welchen Grundzügen? (Referat) Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages Bd.II/G: Stiftungsrechtliche Arbeitsgemeinschaft, Tübingen 1964
Meurer	Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart 1901
Meyer-Cording	Die Vereinsstrafe, Tübingen 1957
Molitor	Über öffentliches Recht und Privatrecht, Karlsruhe 1949
Molitor	Zweckbindungen des Eigentums, Festschrift für Alfred Schultze, S.33 ff., Weimar 1934
Muntzke-Schlempp	Kommentar zur hessischen Gemeindeordnung, Bad Homburg und Berlin 1954
Nebinger	Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Stuttgart 1949

Nord	Das Recht des Treuhänders, Berlin 1927
Nottarp	Die Stiftungsreduktion. Ein Beitrag zu der Lehre von der clausula rebus sic stantibus, Bonner Festgabe für Zitelmann S.373 ff., München und Leipzig 1923
Oertmann	Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Berlin 1927; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, 5.Aufl., Berlin, Abt.1 1928, Abt.2 1929
Oertmann	Entgeltliche Geschäfte. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd.23, Heft 3, München 1912
Oertmann	Die rechtliche Natur der Vereinssatzung, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 7/127 ff.
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 25.Aufl., München und Berlin 1966
Pernice	Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit , 3.Bd., 1.Abt., Halle 1892
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., Berlin 1913; Bd.2,1, Recht der Schuldverhältnisse, 4.Aufl., Berlin 1914; Bd.5, Erbrecht, 4.Aufl., Berlin und Leipzig 1930
Pleimes	Irrwege der Dogmatik im Stiftungsrecht, Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd.I, Münster/Köln 1954
Pleimes	Die Rechtsproblematik des Stiftungswesens, Diss. Leipzig 1938
Regelsberger	Pandekten, 1.Bd., Leipzig 1893
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I.Bd., 1.Teil, 11.Aufl., Berlin 1959

Reich	Selbständige und unselbständige Stiftungen des privaten Rechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Heidelberg 1923
Reinhardt und Erlinghagen	Die rechtsgeschäftliche Treuhand - ein Problem der Rechtsfortbildung, JuS 1962 S. 41 ff.
Rhode	Juristische Person und Treuhand. Grundzüge einer Lehre vom zweckgebundenen Recht, Berlin 1932
Rosenberg	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961
Rosenthal-Bohnenberg	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1965
Roth	Über Stiftungen, IherJb 1/189 ff.
v. Savigny	System des heutigen römischen Rechts, 8 Bde., Berlin 1840 - 1849
Schreuer	Die Elly-Hölterhoff-Böcking-Stiftung der Universität Bonn. Ein Beitrag zum Problem der treuhänderischen Stiftungen, RG-Festschrift II, S. 306 ff., Berlin und Leipzig 1929
Schultze	Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, IherJb 43/1 ff.
Schultze	Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 49, Breslau 1895
Schwarz, Fritz	Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht, Münster/Köln 1952
Schwarz, Gustav	Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revision der Lehre von den Personen, ArchBürgR 32/12 ff.
Siber	Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 2, Schuldrecht, Leipzig 1931

Siebert	Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
Söllner	Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163/20 ff.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.I, Allgemeiner Teil, Stuttgart; 1959 Bd.II, Einzelne Schuldverhältnisse, Stuttgart 1962
v. Staudinger	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.1, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Berlin 1957; Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, 11.Aufl., Berlin, 2.Teil 1955, 3.Teil 1958; Bd.5, Erbrecht, 11.Aufl., Berlin, 1.Teil 1954, 2.Teil (10./11.Aufl.) 1956-1960
Stintzing	Über das Stiftungsgeschäft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 88/392 ff.
Stobbe	Über die Salmannen, Ztschr. f. Rechtsgeschichte 7/405 ff.
Stölzle	Erbschaftsteuergesetz, 2.Aufl., Leipzig 1932
Strickrodt	Die Stiftung als neue Unternehmensform, Braunschweig usw. 1951
Strickrodt	Stiftungsrecht, geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge, Baden-Baden 1962 (Loseblattausgabe)
Strickrodt	Der rechtsfähige Verein stiftungsartiger Struktur, NJW 1964/2085 ff.
Surén	Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd.2, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln usw. 1960
Thalmessinger	Die rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts, Diss. Tübingen 1934

v. Tuhr	Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig, 1.Bd.1910, 2.Band 1.Hälfte 1914, 2.Hälfte 1918.
Vialon	Öffentliche Finanzwirtschaft, Berlin und Frankfurt 1956
Voll-Voll	Bayerisches Stiftungsgesetz mit Ausführungsverordnung, München 1962
Warneyer	Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, 1.Bd., 2.Aufl., Tübingen 1930
Weber, Werner	Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 2.Aufl., München und Berlin 1943
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), München und Berlin 1962
Zepos	Zu einer "gestalttheoretischen" Auffassung des Schuldverhältnisses, AcP 155/486 ff.
Zitelmann	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Leipzig 1900

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Orte
ABl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite)
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (§, Teil, Titel)
AnfG	Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht (Band, Seite)
Art.	Artikel
AV	Ausführungsverordnung
BayBS.	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts 1802-1956 (Band, Seite)
Bd.	Band
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Teil, Seite)
BGH	1. Bundesgerichtshof 2. Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BS	Sammlung des bereinigten Landesrechts von Rheinland-Pfalz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DtPrivR	Deutsches Privatrecht
EGZPO	Einführungsgesetz zur ZPO
GBl.	Gesetzblatt (Seite)
GemHVO	Gemeindehaushaltsverordnung
GemO	Gemeindeordnung
GS.	Gesetzsammlung (Seite)
GSNW.	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen 1945 - 1.1.1957
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt (Seite)
h.M.	herrschende Meinung
hrsg.	herausgegeben
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
i.d.F.	in der Fassung
IherJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band, Seite)
Jg.	Jahrgang
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KStG	Körperschaftsteuergesetz

LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MBl.	Ministerialblatt
MdI	Minister des Inneren
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Band, Seite)
Nds, nds.	niedersächsisch
NGO	Niedersächsische Gemeindeordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NLO	Niedersächsische Landkreisordnung
OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
Pand.	Pandekten
prGS.	preußische Gesetzsammlung
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Band, Seite)
PrOVG	Entscheidungen des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Band, Seite)
Rdnr.	Randnummer
RFH	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs (Band, Seite)
RG	1. Reichsgericht 2. Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)

RGBl.	Reichsgesetzblatt (Teil, Seite)
RGRK	siehe Literaturverzeichnis
RömPrivR	Römisches Privatrecht
RStBl.	Reichssteuerblatt (Jahr, Seite)
RGWarnRspr	Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Jahrgang, Nummer)
S.	Seite
Sp.	Spalte
StR	Stiftungsrecht
StudB.	Studienbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft (Jahr, Nummer (bei Entscheidungen), Spalte (bei Abhandlungen))
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nummer)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Band, Seite)
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (Band, Seite)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung

Einleitung

Die steigende Zahl der neu erscheinenden Arbeiten zum Stiftungsrecht[1] und auch die Einbeziehung des Stiftungsrechts in die Erörterungen des 44. Deutschen Juristentages 1962 in Hannover zeugen von einem wachsenden Interesse am Recht der Stiftungen, einem Rechtsgebiet, das von seinen Anfängen bis in die neueste Zeit immer am Rande des Bereichs wissenschaftlicher Betätigung stand. In einem Teil der erwähnten neueren Arbeiten finden sich dabei Gesichtspunkte, die dem Stiftungsrecht früher fremd waren. So wird z.B. empfohlen, die rechtsfähige Stiftung als Unternehmensform zu verwenden[2]. Daß der Anwendungsbereich der Rechtsform Stiftung nicht mehr auf wohltätige Zwecke verfolgende Einrichtungen beschränkt ist, wird aber auch aus der geplanten Verwendung für ein Warentestinstitut deutlich. Anderseits ist im Wirtschaftsleben zu beobachten, daß in Form des e.V. oder der G.m.b.H. organisierte Personenvereinigungen Zwecke verfolgen, wie sie früher den Stiftungen vorbehalten waren[3].

Angesichts dieser Entwicklung des Stiftungsrechts erscheint eine Überprüfung der Grundkategorien dieses Rechtsgebiets angebracht. Denn eine Verwendung der Organisationsformen des Stiftungsrechts in anderen Lebensbereichen setzt voraus, daß Klarheit über die grundsätzlichen Fragen im engeren Bereich des Stiftungsrechts besteht.

---

1) In neuester Zeit z.B. Ebersbach, Die Stiftung des öffentlichen Rechts (1961), Liermann, Handbuch des Stiftungsrechts Bd.I (1963), Strickrodt, Die Stiftung als neue Unternehmensform, 1951 und ders., Stiftungsrecht (1962, Loseblattausgabe).

2) Vgl. bes. Strickrodt, Die Stiftung als neue Unternehmensform.

3) Beispiele in dem Urteil des OLG Stuttgart NJW 1964/1231 (1232).

Ein Blick in das BGB zeigt, daß sich das Gesetzbuch bei der Normierung des Stiftungsrechts sehr zurückgehalten hat. Den Landesgesetzgebern bleibt die Möglichkeit, Regeln des Stiftungsrechts aufzustellen (§ 85 BGB). Unvollständig ist die Regelung des BGB aber auch insofern, als die Stiftungen ohne Rechtspersönlichkeit nicht erwähnt werden. Die Vorschriften des BGB über die Stiftungen sind nämlich an den Begriff der Rechtsfähigkeit geknüpft und deshalb nach einhelliger Meinung nur auf die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts anwendbar[1]. Wie der nichtrechtsfähige Verein, so ist auch die nichtrechtsfähige Stiftung gegenüber ihrem rechtsfähigen Gegenstück sehr stiefmütterlich behandelt worden. Während im Vereinsrecht der Gesetzgeber mit der Unterdrückung des nichtrechtsfähigen Vereins bekanntlich eine bestimmte Absicht verfolgte, war dies bei der nichtrechtsfähigen Stiftung nicht der Fall. Daß das Institut der unselbständigen Stiftung vom BGB nicht abgeschafft werden sollte, läßt sich aus den Protokollen[2] ersehen. Die Kommission lehnte nämlich einen Antrag, die Errichtung einer fiduziarischen Stiftung formbedürftig zu machen, mit der Begründung ab, eine solche Formvorschrift belaste den Schenker mit erheblichen Kosten und sei deswegen der Förderung idealer Zwecke, die in der Regel mit fiduziarischen Stiftungen angestrebt werde, hinderlich. Die Zulässigkeit einer unselbständigen Stiftung ist in Literatur und Rechtsprechung denn auch nicht angezweifelt worden. Der Begriff der unselbständigen[3] Stiftung bestimmt sich aus dem Gegensatz zur rechtsfähigen Stiftung. Während bei dieser die Stiftung selbst das Rechtssubjekt ist, stehen bei jener die Rechte am Stiftungsgut derjenigen (natürlichen oder juristischen) Person zu, an die die Stiftung "angelehnt" ist. Diese Person, der "Stiftungsträger", ist dem Stifter gegenüber verpflichtet, zur Erfüllung des Stiftungszwecks tätig zu werden[4].

---

1) In der Rechtsprechung zuletzt Bad.-Württ. VGH Verw.Rspr. 8/550 ff. (553).

2) Bd. II S. 34.

3) Üblich sind auch die Bezeichnungen "fiduziarische Stiftung" und "nichtrechtsfähige Stiftung".

4) In anderer Bedeutung wird der Begriff fiduziarische Stiftung bei Endemann (Lehrbuch III, 1 § 97 III a 2) gebraucht: Sie bezeichne den Fall, daß ein Erbe oder Vermächtnisnehmer als Stifter eine bestimmte rechtsfähige Stiftung errichten solle.

Die unselbständige Stiftung gerät auf diese Weise in die Nähe anderer Rechtsverhältnisse, in denen Verpflichtungen zum Tätigwerden entstehen, also vor allem solcher des Schuldrechts. Aber sie muß auch gegen Rechtsfiguren des Erbrechts abgegrenzt werden, z.B. gegenüber der mit einer Auflage belasteten Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung).

Über das Verhältnis des Begriffs der unselbständigen Stiftung zu Geschäften des Schuldrechts und zu Rechtsfiguren des Erbrechts läßt sich aus Literatur und Rechtsprechung ein klares Bild nicht ohne weiteres gewinnen. Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es zu untersuchen, ob dem Begriff der unselbständigen Stiftung ein eigener Inhalt zukommt bzw. sinnvollerweise beigelegt werden kann.

Es steht zu erwarten, daß bei Erörterung dieses Themas auch andere Erscheinungsformen des Gesamtkomplexes Stiftung ins Blickfeld treten werden. Es erscheint deshalb angebracht, zunächst einen Überblick über die im Stiftungsrecht übliche Terminologie zu geben. Die Stiftung des BGB pflegt man zu definieren als eine mit Rechtsfähigkeit ausgezeichnete Einrichtung, die weder Personenverband noch juristische Person nach öffentlichem Recht ist und deren Aufgabe darin besteht, den bei der Errichtung vom Stifter gesetzten dauernden Zweck mit Hilfe einer Vermögensausstattung zu erreichen[1]. Wesentliches Kriterium für die Stiftung des BGB ist dabei die privatrechtliche Rechtsfähigkeit. Weiter läßt sich im BGB die Unterscheidung in Stiftungen des privaten und solche des öffentlichen Rechts erkennen, insofern nämlich in § 89 BGB die Vorschrift des § 31 BGB auf "Stiftungen des öffentlichen Rechts" für anwendbar erklärt wird. Die Abgrenzung der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts von ihrem öffentlich-rechtlichen Gegenstück erweist sich nun als äußerst schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Üblicherweise wird zunächst auf den Entstehungsakt abgestellt[2]: wurde die Stiftung durch einen Privatmann ins Leben gerufen, so soll es sich um eine privatrechtliche Stiftung handeln; verdankt sie dagegen einem öffentlich-rechtlichen Akt (ob Gesetzgebungs- oder Verwaltungsakt, kann dahinstehen) ihre Entstehung, so sieht man die Stiftung als eine öffentlich-rechtliche an. Als Beispiel

1) So z.B. Soergel-Siebert (Siebert) Vorbem. zu §§ 80 ff. Rdnr. 8.
2) Staudinger-Coing vor § 80 Rdnr. 11b.

für eine öffentlich-rechtliche Stiftung kann das "Große Militärwaisenhaus in Potsdam" genannt werden, das im Jahre 1734 von König Friedrich-Wilhelm I zur Erfüllung einer in der Staatsraison liegenden Aufgabe, nämlich der Versorgung von Militärwaisen, gegründet wurde [1]. Darüber hinaus werden Stiftungen als öffentlich-rechtliche qualifiziert, wenn sie zwar durch Privatrechtsgeschäft begründet, jedoch "dem Organismus des Staates, einer als juristische Person im öffentlichen Recht anerkannten Kirche, einer politischen Gemeinde derart einverleibt sind, daß sie als Glied und Einrichtung dieses öffentlich-rechtlichen Organismus erscheinen"[2], wenn sie also eine "öffentlich-rechtlich gestaltete Institution" darstellen[3]. Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist also auch noch die Struktur der Organisation. Unter den Begriff öffentlich-rechtliche Stiftung fällt auch die unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts, deren Charakteristikum das Fehlen der (öffentlich-rechtlichen) Rechtspersönlichkeit ist.

Dem BGB unbekannt, besonders dem bayerischen Stiftungsrecht aber geläufig ist der Gegensatz private-öffentliche Stiftung. Hier wird für die Unterscheidung auf den von der Stiftung verfolgten Zweck abgestellt. Unter den Begriff der öffentlichen Stiftung fallen nach der Definition des Art. 1 Abs. 3 des bayerischen Stiftungsgesetzes[4] "die rechtsfähigen Stiftungen des bürgerlichen Rechts, die nicht ausschließlich private Zwecke verfolgen, und die rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts". Eine private Stiftung ist mithin dann gegeben, wenn sie auch nicht teilweise öffentliche Zwecke verfolgt. "Öffentlich" sind Stiftungszwecke nach der Definition in Art. 1 Abs. 3 des bayerischen Stiftungsgesetzes, wenn sie der Religion, der Wissenschaft, der Forschung, der Bildung, dem Unterricht, der Erziehung, der Kunst, der Denkmalspflege, dem Heimatschutz, dem Sport, der Wohltätigkeit oder sonst dem Gemeinwohl dienen.

Eine Unterart der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts ist die Familienstiftung, definiert als Stiftung, die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich oder vornehmlich dem Wohle einer oder mehrerer bestimmter Familien dienen soll[5].

---

1) PrOVG 42/17 ff. (18).
2) Staudinger-Coing a. a. O., ebenso Prot. I, 586, Planck-Knoke § 89 Anm. 1.
3) Forsthoff § 24,4 (S. 446); BVerfG DÖV 1963/262ff. (263).
4) Vom 26.11.1954 BayBS II 661.
5) § 2 der VO über Familienstiftungen vom 17.5.1940, RGBl. I 806.

Zuwendungen an eine schon bestehende rechtsfähige Stiftung pflegt man mit dem wenig präzisen Begriff der Zustiftung zu bezeichnen[1) 2)]. Während der RFH[3)] und im Anschluß daran Megow[4)] damit eine Zuwendung an die Stiftung bezeichnen, die ihr der Stifter nachträglich, aber zur Verwendung für ihren satzungsmäßigen Zweck macht, kommt es nach der bei Pleimes[5)] und Mang[6)] anzutreffenden Terminologie nicht darauf an, daß die Zuwendung von dem Schöpfer der als Empfängerin auftretenden Stiftung stammt. In § 3 der Ausführungsverordnung zum bayerischen Stiftungsgesetz[7)] werden darüber hinaus zu den Zustiftungen auch solche Zuwendungen an eine rechtsfähige Stiftung gerechnet, deren Zweck über den Zweck der bedachten (Haupt-) Stiftung hinausgeht oder sich sonst von diesem unterscheidet. Offenbar gleichbedeutend mit "unselbständiger Stiftung" wird "Zustiftung" bei Liermann[8)] verwendet.

Neben diesen herkömmlichen Unterscheidungskriterien sind in neuerer Zeit andere Gesichtspunkte für eine Gliederung des Stiftungsrechts herausgearbeitet worden. Nach Ansicht von Pleimes[9)] lassen sich zwei besonders markante Typen von Stiftungen aufstellen: die Anstaltsstiftung und die Hauptgeldstiftung. Während bei dieser das Stiftungsgut("Hauptgeld") als organisatorisch nicht charakterisierte Gütermasse nur in sehr loser Beziehung zum Stiftungszweck stehe und nur die Aufgabe habe, Erträge zu liefern, handele es sich bei jener um eine Güterorganisation, bei der die verschiedensten Güter für eine Daueraufgabe sinnvoll zusammengeordnet seien. Strickrodt[10)] lehnt die eben dargestellte Gliederung als überholt ab. Er

---

1) Nach einer Bemerkung des RFH (StuW 1931 Nr.856) ist die Zustiftung kein allgemein anerkannter, feststehender Rechtsbegriff.
2) Gelegentlich anzutreffen ist auch der Ausdruck "Stiftungszufluß", so z.B. bei Meurer S.16.
3) StuW 1931 Nr. 856.
4) § 3 Anm. VII (S.138).
5) Rechtsproblematik S.10.
6) II S.474.
7) Vom 22.8.1958, GVBl. 238.
8) Diskussionsbeitrag zum 44. Deutschen Juristentag S. G 60.
9) Rechtsproblematik S.20 f.
10) NJW 1962 S.1480 (1483).

geht davon aus, daß für die Eigenart einer Stiftung die besondere wechselseitige Bezogenheit der drei Wesenselemente Vermögen, Zweck und Eigenorganisation kennzeichnend sei, und ordnet die Stiftungen nach ihrer Eigenschaft als Auftragsträger in Kapitalfondsträgerstiftungen, Anstaltsträgerstiftungen, Funktionsträgerstiftungen und Unternehmensträgerstiftungen.

Ob die erwähnten neueren Ordnungsgesichtspunkte auch dogmatisch fruchtbar zu machen sind, bleibt der Zukunft überlassen. Ausgangspunkt für die folgenden Untersuchungen muß die herkömmliche Begriffsbildung sein, nach der es entscheidend darauf ankommt, ob einer Stiftung Rechtsfähigkeit zukommt oder nicht.

TEIL I:

Verwendung und Bedeutung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in der privatrechtlichen Dogmatik

1. Kapitel: Die Verwendung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in der Rechtsprechung am Beispiel einiger obergerichtlicher Entscheidungen aus dem Zivilrecht

Die Erörterung von Rechtsfragen im Stiftungsrecht wird erheblich erschwert durch den Umstand, daß nur ein verhältnismäßig kleiner Bestand von veröffentlichten Entscheidungen als Anschauungsmaterial zur Verfügung steht. Infolgedessen wird in dem Schrifttum zur unselbständigen Stiftung vielfach mit selbstgebildeten Beispielen gearbeitet, was einer lebensnahen und sachgerechten Diskussion des Themas natürlich abträglich ist. Es empfiehlt sich deshalb, den Ausführungen über den Begriff der unselbständigen Stiftung eine Übersicht über Sachverhalte voranzuschicken, die von der Rechtsprechung als unselbständige Stiftung qualifiziert worden sind.

Entscheidungen dieses Inhalts finden sich in den Entscheidungssammlungen der Obergerichte der Zivilgerichtsbarkeit, aber auch derjenigen der Finanzgerichtsbarkeit, da, wie noch kurz zu untersuchen sein wird, dem Begriff der unselbständigen Stiftung im Steuerrecht Bedeutung zukommt.

(1) Die "Standardentscheidung" für die unselbständige Stiftung ist die des RG vom 8.11.1922[1]. Eine Stiftung war hier in der Weise errichtet worden, daß die Stifterin dem Offizierscorps des Kaiser-Franz-Garde-Grenadierregiments Nr.2 ein Kapital von 100 000 M gewidmet hatte, dessen Zinsen nach dem Tode der Stifterin und ihres Ehemannes Offizieren mit dem Namen der Stifterin - sofern vorhanden - zugute kommen, sonst nach Ermessen des jeweiligen Regimentskommandeurs zur Unterstützung minderbemittelter jüngerer aktiver Offiziere verwendet werden sollten. Die Urkunde über die Eintragung der Forderung von

1) RG 105/305 ff.

100 000 M in das Preußische Staatsschuldbuch wurde dem Regimentskommandeur übergeben. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob, nachdem die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden war (das betreffende Regiment war nach 1918 aufgelöst worden), der Stiftung gemäß § 87 BGB ein anderer Zweck gegeben werden konnte oder ob das Stiftungsgut den Erben der Stifterin zurückgegeben werden mußte. Das RG entschied im letzteren Sinn (S. 306). Die unselbständige Stiftung sei ihrem rechtlichen Wesen nach so grundverschieden von der selbständigen, daß eine Anwendung des § 87 BGB nicht in Frage komme. Die unselbständige Stiftung verbleibe in Abhängigkeit von dem Zuwendungsgeschäft. Der Zuwendende behalte alle diejenigen Rechte, welche ihm nach der besonderen Art des Zuwendungsgeschäfts zuständen. Etwas anderes ergebe sich auch dann nicht, wenn das Stiftungskapital als ein von dem sonstigen Vermögen des Fiduziars getrennt zu haltendes Sondervermögen übertragen sei; dies sei nur dafür von Bedeutung, daß das Vermögen nicht durch Zugriff von Privatgläubigern des Fiduziars oder durch Hereinziehung in die Konkursmasse des Fiduziars seinem Zweck entfremdet werden dürfe und daß die Haftung des Fiduziars, falls kein Verschulden vorliege, sich auf den Bestand des Sondervermögens beschränke (S. 307). Der Rückforderungsanspruch der Stifterin ergebe sich aus § 812 BGB, wonach eine Zuwendung (datum ob causam) zurückgefordert werden könne, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintrete (S. 310). Auf § 527 Abs. 1 BGB lasse sich der Rückforderungsanspruch nicht stützen, weil es an dem Erfordernis einer Auflagenschenkung, nämlich dem Übrigbleiben einer Bereicherung nach Erfüllung der Auflage, fehle. Der Empfänger sei hier Fiduziar gewesen und habe nur die Last der Verwaltung gehabt (S. 309).

Schon hier wird deutlich, daß dem Verhältnis zwischen unselbständiger Stiftung und dem "Zuwendungsgeschäft" Bedeutung zukommt. Zunächst aber seien noch einige weitere Fälle angeführt.

(2) Eine ungewöhnliche Gestaltung findet sich in dem vom RG am 13.4.1927[1)] entschiedenen Fall. In einer notariell beurkundeten Erbauseinandersetzung verpflichteten sich die Erben eines Gutsbesitzers untereinander,

1) RG WarnRspr 19. Jg. Nr. 155.

"bei Verkäufen von Grundstücken, die zur ungeteilten Erbengemeinschaft verbleiben, 10 % des reinen Kaufpreises an die Gemeinde S zu zahlen. Von diesem Erlös soll eine M-Stiftung für die Gemeinde S geschaffen werden, aus der die Zinsen zu wohltätigen Zwecken für die Gemeinde verwandt werden sollen". Magistrat und Stadtverwaltung erklärten die Annahme der Zuwendung. Anlaß für die Entscheidung war die Weigerung der Erben, nach einem Grundstücksverkauf 10 % des reinen Kaufpreises an die Stadt zu zahlen. Das KG verurteilte (das RG bestätigte das Urteil des KG) die Erben zur Zahlung, weil nach dem Zweck des Erbauseinandersetzungsvertrages die Stadt ein eigenes Recht erwerben sollte. In dem Vertrag sei - so das KG - eine unselbständige Stiftung errichtet worden; das sei eine Schenkung unter der Auflage, das Zugewendete in einer gewissen Weise zu verwenden.
"Zuwendungsgeschäft" ist also hier eine Auflagenschenkung.

(3) In dem der Entscheidung des RG vom 14.4.1921[1] zugrunde liegenden Sachverhalt war die Errichtung einer unselbständigen Stiftung beabsichtigt. Das Stiftungsvermögen sollte in das Eigentum des Reichsmilitärfiskus übergehen, dem auch die Verwaltung obliegen sollte. Über die Verteilung der Nutzungen sollte ein Kollator entscheiden. Begünstigt waren die Angehörigen der 8. Batterie eines näher bezeichneten Artillerieregiments. In dem Rechtsstreit ging es um die Wirksamkeit der Annahme des Vertragsangebots des "Stifters". Das RG entschied, daß eine Annahme nicht vorliege und der "Stifter" seine Leistung nach § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB zurückverlangen könne.

Wie im zuvor angeführten Fall, so wurde auch hier das "Zuwendungsgeschäft" als Auflagenschenkung qualifiziert.

(4) Über einen Fall einer letztwillig errichteten unselbständigen Stiftung entschied das RG am 13.5.1919[2]. Die Erblasserin hatte testamentarisch bestimmt, daß nach ihrem Ableben an verschiedene Vereine

1) RG WarnRspr 14. Jg. Nr.120.
2) RG 96/15 ff.

und wohltätige oder gemeinnützige Anstalten sowie bedürftige Personen, deren genauere Bezeichnung sie sich noch vorbehalte, insgesamt 30 000 M von den Testamentsvollstreckern verteilt werden sollten. Insoweit sie keine genaueren Vorschriften hierüber erlassen solle, sollten die in § 3 ihres Testaments genannten Damen unter Zuratezieh ung der Testamentsvollstrecker die Empfänger sowie die Höhe der einzelnen Gaben bestimmen und besonders auch diejenigen Vereine und Anstalten berücksichtigen, welchen sie bei dem Ableben ihres Ehegatten Zuwendungen gemacht habe. In der Entscheidung kam es darauf an, ob es sich bei den Zuwendungen an die verschiedenen Vereine etc. um Einzelvermächtnisse handelte oder nicht, was für die unter den Parteien strittige steuerrechtliche Beurteilung von Bedeutung war. Das RG sah die entsprechende Anordnung im Testament als erbrechtliche Auflage an (S. 19): es sei grundlegend davon auszugehen, daß hier ein mildtätigen und gemeinnützigen Zwecken gewidmetes Sondervermögen gebildet, eine sogenannte unselbständige Stiftung errichtet sei. Daß nicht die Nutzungen, sondern das Kapital selbst auszuzahlen sei, sei ein für die Annahme eines besonderen gestifteten Zweckvermögens unwesentlicher Unterschied.

Der Terminus "Zuwendungsgeschäft" wird hier nicht gebraucht, es läßt sich aber auch hier wieder feststellen, daß der unselbständigen Stiftung eine andere Rechtsfigur zugrunde liegt, hier eine Erbeinsetzung unter Auflage.

(5) Um die Rechtsstellung der Destinatäre ging es in der Entscheidung des RG vom 26.3.1917[1]. Ein Rentner hatte durch Testament eine Stadtgemeinde zu zwei Dritteln seines Nachlasses mit der Maßgabe zur Erbin eingesetzt, daß der Kapitalstock des Erbteils als Stiftung unter der Aufsicht des Magistrats von einem fünfgliedrigen Kuratorium zu verwalten und die Zinsen des Kapitals für wohltätige Zwekke zu verwenden seien. So sollten z.B. "ältere, nicht mehr arbeitsfähige, in ihrem Nahrungszustand unverschuldet zurückgegangene Ortsangehörige" unterstützt werden. In allen Unterstützungsfällen

1) RG WarnRspr 10. Jg. Nr. 148 = LZ 1917 Sp. 1075.

seien Verwandte des Erblassers nach dem Grade der Verwandtschaft "in erster Linie und in splendider Weise" zu berücksichtigen. Eine Nichte des Erblassers erhob Klage auf Zahlung einer Unterstützung. Berufungsgericht und RG versagten ihr einen Anspruch. Es handele sich um eine unselbständige oder fiduziarische Stiftung. Das KG hatte gesagt, die unselbständige Stiftung sei nichts anderes als eine Vermögenszuwendung mit einer Auflage. Das Wesen einer Auflage bestehe aber gerade darin (§ 1940 BGB), daß sie verpflichte, ohne dem Begünstigten ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Als Vermächtnisnehmerin sei die Nichte nicht anzusehen. Das RG bestätigte die Rechtsansicht des KG.

Auch hier ist also eine unselbständige Stiftung durch Erbeinsetzung mit Auflage errichtet worden.

(6) In dem der Entscheidung des RG vom 7.6.1917[1] zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Musikprofessor durch Testament der Stadt Köln ein Kapital von 200 000 M mit der Bestimmung vermacht, daß die Zinsen den zehn dienstältesten aktiven Lehrern und Lehrerinnen von Volksschulen der "Alt- und Neustadt Kölns" zu gleichen Teilen zufließen sollten. Das RG qualifizierte dieses Rechtsgebilde als unselbständige Stiftung: Der Erblasser habe nicht etwa eine selbständige Stiftung begründet, sondern der Stadt ein Kapital mit der Bestimmung vermacht, die Zinsen davon an die näher bezeichneten Lehrpersonen zu zahlen. Jene der Stadt auferlegte Verpflichtung könne rechtlich nur als Untervermächtnis oder als Auflage aufgefaßt werden.

Je nachdem, welche der beiden Möglichkeiten vorliege, seien die Destinatäre forderungsberechtigt oder nicht. Anders sei es, wenn es sich um eine selbständige Stiftung handele. Dann sei es Frage der Auslegung, ob diejenigen, zu deren Gunsten sie errichtet sei, ein klagbares Recht auf den Bezug der Nutzungen haben sollten.

Also auch hier: Unselbständige Stiftung in Form der Vermächtniszuwendung mit Auflage (Untervermächtnis).

1) RG LZ 1918 Sp. 268 f.

(7) Auch in der am 24.6.1916[1] ergangenen Entscheidung des RG ging es um eine letztwillig errichtete unselbständige Stiftung. Die Stifterin hatte früher zum Besten der Armen, Kranken und Kinder der Pfarrei ein Kloster und eine Kleinkinderbewahranstalt errichtet, die von den Schwestern der armen Dienstmädchen Christi geleitet wurde. Um den Fortbestand der beiden Einrichtungen für die Zukunft zu sichern, setzte sie in notariellem Protokoll unter dem Namen W-Hsche Stiftung ein Kapital von 50 000 M aus und bestimmte: Das Kapital samt Zinsen und deren Fälligkeit sei zur Sicherheit der Zweckbestimmung als Hypothek für die katholische Pfarrgemeinde auf Haus 0 einzutragen. Über die Verwendung der Zinsen sollten die Schwestern bestimmen. Für den Fall, daß die Niederlassung der Schwestern aus irgendeinem Grunde aufgehoben werde, legte sie dem Besitzer von Haus 0 auf, die Zinsen des Kapitals im Sinne der Stiftung zu verwenden, damit die dortige Pfarrei stets den Vorteil derselben genieße. Wenige Tage später errichtete sie ein privatschriftliches Testament, in dem sie einen Erben einsetzte und hinsichtlich der Stiftung auf ihre Erklärungen vor dem Notar Bezug nahm. In der Entscheidung ging es um die Wirksamkeit der Anordnungen der Stifterin. Das Berufungsgericht hatte sie als Vermächtnis zugunsten der katholischen Kirchengemeinde angesehen, belastet mit der Auflage, die Nutzungen für die Unterhaltung von Kloster und Kleinkinderbewahranstalt zu verwenden. Das RG war gleicher Ansicht und führte dazu aus: Eine Stiftung könne nicht bloß als rechtsfähige errichtet werden, sondern auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch letztwillige Anordnung. Zuwendungen, die zwar einem bestimmten Zweck gewidmet seien, aber keine selbständige Natur und keine Rechtsfähigkeit besäßen, würden herkömmlich und gesetzlich wenigstens insoweit, als sie anderen juristischen Personen, namentlich öffentlichen Korporationen zufielen, unter dem vieldeutigen Ausdruck "Stiftungen" mitbegriffen.

"Zuwendungsgeschäft" war hier also eine mit einer Auflage belastete Vermächtniszuwendung.

---

1) RG 88/335 ff.

(8) In der Entscheidung des RG vom 17.2.1911[1] handelte es sich wieder um eine letztwillig errichtete unselbständige Stiftung. Die Stifterin hatte ihr Enkelkind durch Testament zum Erben eingesetzt und ihm durch eine fernere letztwillige Verfügung ein Vorausvermächtnis von 6 000 M mit der Auflage zugewendet, mit den Zinsen die Kleinkinderschule zu K zu erhalten. Die Entscheidung betrifft die steuerrechtliche Frage, wie nach damaligem Erbschaftsteuerrecht unselbständige Stiftungen zu besteuern waren, was hier nicht weiter von Interesse ist. Das RG qualifizierte die Anordnung der Erblasserin als Errichtung einer unselbständigen Stiftung: Nicht selten würden sogenannte unselbständige Stiftungen in der Weise errichtet, daß gewisse Vermögensstücke einem anderen mit der Auflage zugewendet würden, sie zu einem bestimmten, nicht auf einen abgegrenzten Kreis von Personen beschränkten Zweck nutzbar zu machen, daß also ein Zweckvermögen ohne juristische Persönlichkeit gebildet werde, als dessen Vertreter oder Verwalter der Beschwerte, auch wenn er rechtlich als Eigentümer gelte, anzusehen sei.

Anhang: Zwei Entscheidungen, in denen die unselbständige Stiftung als steuerrechtlicher Begriff verwendet wurde

Zum Schluß seien noch zwei Entscheidungen des Reichsfinanzhofs angeführt, in denen der Begriff der unselbständigen Stiftung auftaucht.

(9) Eine unselbständige Stiftung, bei der das Stiftungsgut nicht auf eine andere Person übertragen, sondern im Eigentum des Stifters verblieb und nur durch verwaltungsmäßige Ausgliederung verselbständigt wurde, lag bei der Entscheidung des RFH vom 27.9.1922[2] vor. Das Stiftungsvermögen in Höhe von 5 Mill. M sollte dauernd "in dem Betriebe der Stifterin weiterarbeiten" und zu einem näher bestimmten Satz verzinst werden. Nach der Satzung wurde das Stammvermögen in Form einer seitens der Stifterin unkündbaren (gemeint ist wohl unwiderruflichen) Schuldverschreibung der Stifterin an die Stiftung gewährt, und es sollte lediglich im Falle des Konkurses der Stifterin die Fälligkeit der Schuldforderung zugunsten der Stiftung eintreten.

1) RG 75/378 ff.
2) RFH 10/240 ff.

Begünstigt waren die Angestellten der Firma. Die Verwaltung der Stiftung wurde von einem Stiftungsvorstande geführt, der aus einem Vertreter der Stifterin, den Obmännern des Angestelltenrates sowie des Arbeiterrates der einzelnen Werke der Stifterin und zwei Mitgliedern eines Betriebsrats bestand. Er wählte für jedes Jahr aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, der die Stiftung gerichtlich und außergerichtlich vertreten sollte. Der RFH erläuterte kurz den Begriff der unselbständigen Stiftung: Der Begriff der unselbständigen Stiftung beruhe auf einem herkömmlichen, in das Recht übergegangenen Sprachgebrauch und umfasse in weitem Rahmen alle Zuwendungen, welche einem bestimmten Zwecke gewidmet seien. Die Widmung von Vermögen zu einem bestimmten Zweck könne nicht nur in der Art geschehen, daß eine rechtsfähige Stiftung errichtet werde, sie sei auch in der Weise möglich, daß jemand einer anderen Person Vermögen unter der Auflage übertrage, das Vermögen in bestimmter Weise zu verwenden. Die Festlegung eines Vermögens für einen Zweck, also die Schaffung eines Zweckvermögens oder einer unselbständigen Stiftung, könne aber nicht durch bloße Absonderung und getrennte Verwaltung eines Vermögensbestandteiles von einer einzelnen natürlichen oder juristischen Person erreicht werden, weil die Verwendung für den Zweck nicht gesichert sei. Wohl aber sei - jedenfalls für das Steuerrecht - genügend, daß Bestimmungen über die Bildung eines Stiftungsvorstandes getroffen und diesem Organ Rechte eingeräumt würden, die zugunsten eines Zweckes geltend zu machen seien. Es komme darauf an, ob nach den Verkehrsanschauungen eine Einräumung von Rechten an eine von dem Einräumenden verschiedene Rechtsperson vorliege.

Ein eigentliches "Zuwendungsgeschäft", wie es in den übrigen Fällen anzutreffen war, liegt hier nicht vor.

(10) Um ein sogenanntes Grabpflegelegat ging es in der Entscheidung des RFH vom 5.7.1938.[1] In einem Testament hieß es: "Mein Testamentsvollstrecker soll nach meinem Tod an die Friedhofsverwaltung in B einen Betrag zahlen, für welchen diese die ewige Pflege und Erhaltung des Erbbegräbnisses übernimmt". Der Testamentsvollstrecker

1) RFH RStBl. 1938 S.827 f.

hatte demgemäß der Synagogengemeinde in B den Betrag von 4 000 RM zur Unterhaltung der Grabstätte ausgezahlt. Der Testamentsnachtrag, so führt der RFH aus, enthalte ein unter einer Auflage gemachtes Vermächtnis. Das Kapital sei bürgerlich-rechtlich zwar in das Eigentum der Synagogengemeinde übergegangen, steuerrechtlich stelle es jedoch wegen der in der Auflage enthaltenen Zweckbestimmung, der sich die Synagogengemeinde nicht entziehen könne, ein mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattetes, nicht rechtfähiges Zweckvermögen, und zwar eine nichtrechtsfähige Stiftung dar. Die Synagogengemeinde beziehe daher die Erträge des Kapitals nicht als eigene Einkünfte, sondern es seien die Zinsen des Kapitals als Einkommen der nichtrechtsfähigen Stiftung zu erfassen (§ 3 KStG).

An dieser Entscheidung fällt auf, daß der Begriff unselbständige Stiftung als Begriff des Steuerrechts verwendet wird, nicht als solcher des Zivilrechts. Bürgerlich-rechtlich gesehen stellte die Anordnung des Erblassers eine mit einer Auflage belastete Vermächtniszuwendung dar, steuerrechtlich erfüllte sie die Merkmale des Begriffs "unselbständige Stiftung". Dieser Gebrauch des Begriffs unselbständige Stiftung könnte die Vermutung nahelegen, daß es sich bei der unselbständigen Stiftung gar nicht um einen Begriff des bürgerlichen Rechts handelt, sondern daß er Rechtsgebilde für die Erfordernisse anderer Rechtsgebiete zusammenfaßt, die im Privatrecht mit den Begriffen Auflagenschenkung und letztwillige Zuwendung mit Auflage erschöpfend qualifiziert werden. Diese Frage wird später noch näher zu erörtern sein.

2. Kapitel: Die möglichen Zuwendungsgeschäfte der unselbständigen Stiftung

Der Überblick über die Verwendung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in der Rechtsprechung hat gezeigt, daß dem "Zuwendungsgeschäft" für die Bestimmung des Begriffs der unselbständigen Stiftung eine besondere Bedeutung zukommt. Mit der Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als unselbständiger Stiftung wurde über die einzelnen Rechtsbeziehungen

der Personen untereinander noch nichts ausgesagt. War z.B. die Frage zu entscheiden, ob der Stifter bei Unmöglichwerden der Erreichung des Stiftungszwecks die Rückgabe des Stiftungsguts verlangen konnte (vgl. Fall 1 oben S.7), so mußte zur Beantwortung dieser Frage auf das "Zuwendungsgeschäft" zurückgegriffen werden. Das Recht, das gestiftete Gut zurückzuverlangen, ergab sich im Fall 1 nicht aus der Qualifikation des Rechtsgeschäfts als eine unselbständige Stiftung, sondern aus der "allgemeinen Regel des § 812 BGB, wonach eine Zuwendung (datum ob causam) zurückgefordert werden kann, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt." Nicht anders steht es für die Frage, ob die Destinatäre einen Anspruch auf Stiftungsleistungen haben (vgl. Fälle 5 und 6 oben S.10 und 11). Die Frage ist zu bejahen, wenn die Destinatäre als Vermächtnisnehmer anzusehen sind, zu verneinen, wenn sie nur Auflagebegünstigte sind.

Um herauszufinden, ob dem Begriff der unselbständigen Stiftung Aussagekraft - und gegebenenfalls mit welchem Inhalt - zukommt, müssen zunächst die zur Errichtung einer unselbständigen Stiftung in Frage kommenden Zuwendungsgeschäfte einer näheren Prüfung unter dem Gesichtspunkt unterzogen werden, welche Gestaltung sie für die einzelnen Rechtsbeziehungen unter den beteiligten Personen bereithalten. Anschließend muß dann der Frage nachgegangen werden, ob sich das Wesen der unselbständigen Stiftung in dem (konkreten) Zuwendungsgeschäft erschöpft oder darin rechtlich nur unvollkommen realisiert wird.

I. Zuwendung des gestifteten Gegenstandes durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

Wird eine unselbständige Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet, so kommen als Zuwendungsgeschäfte die Auflagenschenkung (Fälle 2 und 3 oben S.8 und 9) und die Treuhand (Fall 1 oben S.7) in Betracht. In die Untersuchung, welche Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen und zum Stiftungsgut hin bei einzelnen Zuwendungsgeschäften bestehen, ist außerdem noch die Rechtsfigur der datio ob cau-

sam einzubeziehen. Diese läßt sich, wie schon hier bemerkt werden darf, nicht in gleichem Sinn als Zuwendungsgeschäft wie z.B. die Auflagenschenkung bezeichnen, kann aber doch eine Rolle bei der rechtlichen Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Stifter und Stiftungsträger spielen.

1. Die Auflagenschenkung als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung

Die Regelung, wie sie das BGB in den §§ 525-527 für die Auflagenschenkung aufstellt, ist das Ergebnis einer auf das römische Recht zurückgehenden Entwicklung. Für das Verständnis der modernen Auflagenschenkung erweist sich deshalb ein kurzer Überblick über die römischrechtliche Ausgestaltung dieses Instituts als unerläßlich.

a) Überblick über die Entwicklung des Instituts und Abgrenzung der Auflagenschenkung vom entgeltlichen Geschäft

Im klassischen römischen Recht gab es die Auflage als technische Rechtsfigur noch nicht[1]. Die Auflage war damals eine einer Schenkung, Freilassung oder testamentarischen Zuwendung zugefügte Einschränkung, die dem mit diesem Geschäft Begünstigten ein bestimmtes Verhalten vorschrieb, ohne eine diesbezügliche Rechtspflicht zu begründen. Sollte der Beschwerte verpflichtet werden, so konnte dieser Erfolg nur durch pactum fiduciae bei der Manzipation oder durch stipulatio erreicht werden, im übrigen war die Erfüllung der Verhaltenspflicht lediglich durch das Recht des Gebers sanktioniert, bei ihrer Nichterfüllung den zugewendeten Gegenstand zu kondizieren.

---

1) Kaser, StudB § 10 III. "modus" war kein terminus technicus, Pernice S.12.

In justinianischer Zeit, als die Auflage zur Erreichung sakraler und sozialer Zwecke an Bedeutung gewann, wurde der modus als terminus technicus entwickelt und mit richterlichem Zwang durchgesetzt[1].

In der Dogmatik des gemeinen Rechts unterschied man bei den einer Schenkung zugefügten Auflagen zwischen dem modus simplex und dem modus qualificatus. Jener erzeugte keine Rechtspflicht des Beschenkten, berechtigte aber den Schenker zur Rückforderung des Geschenks, wenn die Erfüllung der Auflageleistung unterblieb; dieser ließ eine Rechtspflicht des Beschwerten entstehen, die vorgeschriebene Leistung zu erbringen. Beim modus qualificatus stellte sich damit die Frage nach der Abgrenzung zur Gegenleistung des entgeltlichen Vertrages. Die für die gemeinrechtliche Dogmatik bestimmende Antwort auf diese Frage stammt von von Savigny[2], der die Auflagenschenkung als ein negotium mixtum cum donatione ansah. Soweit die Leistung des Schenkers die durch Auflage vorgeschriebene Leistung des Beschwerten übersteigt, handelt es sich bei der Auflagenschenkung nach seiner Ansicht um eine reine Schenkung, im übrigen um ein entgeltliches Geschäft. Gegen die Ansicht Savignys war einzuwenden, daß - wie er selbst lehrte[3] - bei Nichterfüllung der Auflageverpflichtung das ganze Geschenk kondiziert werden konnte und daß die donatio sub modo - wie jede andere, reine Schenkung - unter Ehegatten eine "nichtige Handlung" war, daß die Auflagenschenkung also den Schenkungsregeln folgte. Die Abgrenzung wurde denn auch unter einem anderen Gesichtspunkt, dem des Vertragszwecks, versucht. Dabei sah Bekker[4] das Verhältnis der Zwecke als ein Hintereinander an (die Schenkung ist nach dieser Ansicht das Mittel zur Verwirklichung des Auflagenzwecks), während die damals h.M.[5] beide Zwecke nebeneinanderstellte. Bei der Auflagenschenkung bildet nach dieser Meinung die Bereicherung des Empfängers den Hauptzweck, Nebenzweck ist die Vollziehung der Auflage[6]. Daß die eine Leistung als Nebenzweck anzusehen sei, kön-

1) Kaser, Röm.PrivR § 203 IV Anm.25.
2) System Bd.4 § 154 S.103 ff., § 175 S.280 ff.
3) a.a.O. S.284, 287.
4) System Bd.2 § 100 zu Note q.
5) Dernburg, Pand. I § 115; Lenel AcP 74/233; Regelsberger, Pand. §170 I.
6) Ebenso von Tuhr II, 2 S.168; von Gierke, DtPrivR III § 191 VII, 1 (S.430).

ne sich z.B. daraus ergeben, daß sie im Verhältnis zur Hauptleistung von geringerer Bedeutung sei oder daß sie in einer bestimmten Verwendung des Empfangenen bestehe[1]. Es kommt nach dieser Meinung also nicht auf das objektive Wertverhältnis an, sondern auf die Bedeutung, die die Parteien den Leistungen zumessen.

Eine andere Auffassung vom Wesen der Auflage vertraten Haymann[2] und Oertmann[3]. Nach ihrer Ansicht unterscheidet sich die Auflage von der Gegenleistung dadurch, daß sie nur eine Einschränkung des Geschenks darstellt. Diese Einschränkung könne darin bestehen, daß sich der Schenker die Nutzung des geschenkten Gegenstandes ganz oder teilweise sichern wolle[4], oder auch darin, daß dem Beschenkten Beschränkungen bei der Ausübung seines Eigentumsrechts auferlegt würden[5]. Eine Auflage sei schließlich auch dann anzunehmen, wenn der Beschenkte positive Handlungen ohne Geldwert verspreche[6].

Der Vorteil dieser Auffassung vom Wesen der Auflage ist nach Ansicht Oertmanns[7], daß mit dem Kriterium der Einschränkung ein "objektives, von den oft kaum feststellbaren und bestenfalls unsicheren Parteianschauungen unabhängiges Unterscheidungsmerkmal" gewonnen sei.

Hoeniger[8] entwickelte eine völlig abweichende Begriffsbestimmung der Auflage. Er unterschied innerhalb der von der h.M. als Auflagenschenkung qualifizierten Fälle drei Gruppen: die Auflage zugunsten des Schenkers, die Auflage zugunsten eines Dritten und endlich die Auflage zugunsten unbestimmter Dritter, die Auflage ohne Rechtssubjekt als Empfänger der Auflageleistung[9]. Eine Auflage sei in Wahrheit nur bei dieser letzten

1) von Tuhr a.a.O.
2) S. 59.
3) Entgeltliche Geschäfte S.53; Kommentar § 525 Anm. 3b.
4) Haymann S.65.
5) Haymann S.74.
6) Haymann S.91.
7) Entgeltliche Geschäfte S.54.
8) S.253 ff.
9) S. 259 f.

Gruppe gegeben, da die beiden ersten in genügender Weise anderen Kategorien (gegenseitiger Vertrag und Vertrag zugunsten Dritter) eingeordnet werden könnten[1].

Die heute h.M. geht grundsätzlich davon aus, daß die Auflage im Gegensatz zur Gegenleistung nur eine Nebenbestimmung sei[2], nimmt aber z.T. auch das Kriterium der Einschränkung hinzu[3]. Neuerdings gewinnt die Ansicht Coings[4] an Boden, daß nämlich von einer Auflage nur gesprochen werden könne, wenn die Auflageleistung aus dem geschenkten Gegenstand oder seinen Nutzungen erbracht werden solle, sich also als Minderung des Zugewendeten darstelle, daß aber eine Gegenleistung vorliege, wenn der Empfänger der Zuwendung aus seinem - unabhängig von der Zuwendung vorhandenen - Vermögen Aufwendungen machen müsse, um im Austausch dagegen erst in den Besitz der Zuwendung zu gelangen[5].

Gegenüber der Meinung, die Auflage sei Nebenbestimmung, hat die zuletzt erwähnte Auffassung unbestreitbar den Vorzug der Praktikabilität. Eine exakte Aussage über die Bedeutung der Zwecke, die die Parteien den beiden Leistungen zugemessen haben, wird sich nur in eindeutigen Fällen machen lassen, und auch dann ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß diese Aussage von einem Vergleich des objektiven Werts der Leistungen beeinflußt wird, worauf es aber an sich nicht ankommen soll. Man wird deshalb bei Bestimmung des Wesens der Auflage davon ausgehen, daß es sich um eine Leistung handeln muß, die aus dem empfangenen Gegenstand oder seinen Nutzungen zu erbringen ist, ohne die Zuwendung ganz aufzehren zu sollen. Im übrigen darf, ohne daß im Rahmen dieser Arbeit dazu näher Stellung genommen werden soll, darauf hingewiesen werden, daß die Auflage ein gegenüber der Gegenleistung des entgeltlichen Vertrages beschränktes Anwendungsgebiet hat. Anzutreffen ist sie vor allem bei Übergabeverträgen; außerdem wird sie, wie schon aus der vorangestellten Fallsammlung ersichtlich wurde, von der h.M. zur Erreichung stiftungsartiger Rechtswirkungen verwendet. Bei einer Neubestimmung des Verhältnisses zwischen Gegenleistung und Auflage dürfte deshalb auch der Frage

1) S. 263, 265.

2) Erman-Böhle-Stamschräder § 525 Anm. 1; Staudinger-Ostler § 525 Rdnr. 12; Larenz, Bes. Teil § 43 III (S. 128); OLG Bamberg NJW 1949 S. 788 f.

3) Larenz a.a.O.; Staudinger-Ostler a.a.O.

4) Anm. zu einem Urteil des OGH, NJW 1949, S. 260.

5) Zustimmend Esser § 114, 1; Erman-Böhle-Stamschräder § 525 Anm. 4.

nach dem typischen Anwendungsbereich der Auflagenschenkung näher nachzugehen sein.

b) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zueinander

Zwischen Schenker und Beschenktem entsteht ein Schuldverhältnis jedenfalls in dem Augenblick, wo der Schenker seinerseits geleistet hat. Der Beschenkte ist verpflichtet, die Auflage zu vollziehen (§ 525 Abs.1 BGB). Die Verpflichtung des Beschenkten ist gegenüber derjenigen eines gewöhnlichen Schuldners modifiziert. Aus der Erwägung heraus, daß nach dem Wesen der Auflage als einer Einschränkung des Geschenks der Beschenkte eigene Mittel nicht zusetzen soll, wird ihm das Recht gewährt, Erfüllung der Auflage zu verweigern, wenn das Geschenk erschöpft ist. Für den Fall, daß das Geschenk wegen Rechts- oder Sachmangels die erforderlichen Mittel nicht hergibt, ist diese Rechtsfolge in § 526 S.1 BGB ausgesprochen. Für die anderen Fälle der Unzulänglichkeit des Geschenks hielt man früher[1] an der Verpflichtung des Beschenkten fest (Umkehrschluß aus § 526 BGB), während sich heute mehr und mehr die Meinung durchsetzt, daß auch in diesem Fall der Beschenkte die Erfüllung der Auflage verweigern kann[2].

Als schuldrechtlicher Anspruch vererbt sich das Recht, Erfüllung der Auflage verlangen zu können. Neben dieses Recht des Erben tritt, sofern die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt, nach dem Tode des Schenkers das Recht der zuständigen Behörde, Vollziehung der Auflage verlangen zu können (§ 525 Abs.2 BGB). Wird die Auflageleistung nicht erbracht, so kann der Schenker anstelle der Erfüllung auch Rückgabe des Geschenks verlangen, insoweit es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 527 Abs.1 BGB). Der Anspruch entsteht unter den gleichen Voraussetzungen wie das Rücktrittsrecht bei ge-

1) Cosack § 202 I, 4; Planck-Knoke § 526 Anm.4; Haymann S.117.
2) RG 112/210 ff. (213); Oertmann § 525 Anm.4; Lammfromm S.153/154; Larenz, Bes.Teil § 43 III (S. 129).

genseitigen Verträgen und richtet sich inhaltlich nach den §§ 812 ff. (527 Abs.1 BGB). Der Rückforderungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vollziehung der Auflage verlangen kann, § 527 Abs.2 BGB. Umstritten ist, ob der Schenker bei Nichterfüllung der Auflageverpflichtung das ganze Geschenk, also auch insoweit es die Mittel zu Erfüllung der Auflageverpflichtung übersteigt, herausverlangen kann. Während Siber[1] dies für zulässig hielt, kommt nach h.M.[2] eine Rückforderung des Geschenks nur insoweit in Betracht, als es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Der h.M. ist beizupflichten. Denn wenn die Auflage nur Nebenzweck sein, dem Beschenkten also ein Rest zu freier Verfügung übrig bleiben soll[3], so kann die Nichterreichung des Nebenzwecks nicht dazu führen, daß das ganze Geschäft rückgängig gemacht wird. Im übrigen läßt sich auch aus § 527 Abs.1 BGB durch argumentum e contrario schließen, daß das Geschenk insoweit nicht zurückverlangt werden kann, als es wertmäßig den zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Betrag übersteigt.

Damit ist allerdings nicht gesagt, daß nicht in bestimmten Fällen das ganze Geschenk zurückverlangt werden könnte. Nach römischem Recht stand dem Schenker dieses Recht zu, ja, es war die einzige Sanktion der Auflage[4]. Auch nach geltendem Recht kommt dann ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich des ganzen Geschenks in Betracht, wenn der Beschenkte eine Verpflichtung, sich in bestimmter Weise zu verhalten, nicht eingegangen oder wenn die Rechtsbeständigkeit der Schenkung vom Eintritt (bzw. vom Ausbleiben) eines bestimmten Ereignisses abhängig gemacht worden ist. Man pflegt hier von einer Zweckschenkung zu sprechen[5]. Bei Übereinstimmung im Ergebnis gehen für die dogmatische Begründung des Rückforderungsrechts die Ansichten auseinander. Nach h.M.[6] folgt es aus § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB, weil der Bestand der

1) S.258.
2) Esser § 114,1; Söllner AcP 163 S.40; Haymann S.151.
3) RG 105/305 ff (oben S.7 ff.); Oertmann Anm.4 zu § 525; ders. Entgeltliche Geschäfte, S.56 ff.; Staudinger-Ostler § 525 Rdnr. 1.
4) Kaser, StudB. § 10 III.
5) Enneccerus-Lehmann § 125 I; Staudinger-Ostler § 525 Rdnr. 9; Borchers S.13 f.
6) Enneccerus-Lehmann § 125 I; Planck-Knoke § 527 Anm.5; Borchers S.27.

Schenkung von der Erreichung des vereinbarten Erfolges abhängig gemacht worden sei; nach Ansicht v.Caemmerers[1] und Larenz'[2] ist es ein vertraglicher Rückgabeanspruch, da die Schenkung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage rückabgewickelt werden müsse.

Auch für den Schenker können Verpflichtungen entstehen, wenn das geschenkte Gut wegen Rechts- oder Sachmangels nicht die zur Auflagenerfüllung nötigen Mittel hergibt und der Beschenkte die Auflage in Unkenntnis des Mangels ausgeführt hat. Der Schenker muß dann den Fehlbetrag ersetzen (§ 526 S.2 BGB). Gleiches soll gelten, wenn die Mangelhaftigkeit auf einem anderen Umstande als auf einem Sach- oder Rechtsmangel beruht[3]. Die Annahme eines Ersatzanspruches auch in diesen Fällen erscheint auch konsequent, da der Grundgedanke des § 526 BGB zutrifft, daß es nämlich höchst unbillig wäre, wenn der Auflagebeschwerte im Gesamtergebnis mehr leisten müßte als er bekommt[4].

c) Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem geschenkten Gegenstand

Für den Aspekt der dinglichen Rechtslage ist die Auflagenschenkung ergiebig. Die Verpflichtung des Beschenkten zur Erfüllung der Auflage bleibt im schuldrechtlichen Bereich. Anders war es im justinianischen Recht. Unterblieb die Erfüllung der Auflage, so stand dem Schenker neben der condictio auch eine rei vindicatio utilis zu. Das Eigentum des Beschenkten wurde als ein auflösend bedingtes angesehen[5]. Die Auflage des heutigen Rechts beeinflußt die dingliche Rechtslage nicht.

---

1) S. 347.

2) Bes. Teil, § 63 II (S. 385 f.).

3) Oertmann, Kommentar § 525 Anm.4.

4) Mot. II S.301.

5) Nicht unstreitig ist, ob dies nur für die Auflage galt, die eine dem Geber zu zahlende Alimente zum Inhalt hatte (so Savigny, System Bd.4 § 175 Kap. III S.284), oder für Auflagen jeden Inhalts (so Glück, Pand. 4. Teil 1. Abt. S.470 Anm.21; ohne Einschränkung auch Kaser, StudB. § 10 III).

Natürlich kann auch die dingliche Rechtsstellung des Beschenkten von der Erreichung des Auflagezwecks abhängig gemacht werden (z.B. Nichterfüllung der Auflage als auflösende Bedingung des Eigentums des Berechtigten), es bedarf dazu aber einer Vereinbarung. Nach der gesetzlichen Regelung ist der Beschenkte Vollrechtsinhaber. Das Geschenk haftet für die Schulden des Beschenkten. Eine Sonderstellung innerhalb seines sonstigen Vermögens erlangt das Geschenk nicht oder doch nur bei entsprechender Vereinbarung.

Damit ist der Überblick über die Auflagenschenkung als Zuwendungsgeschäft für die unselbständige Stiftung beendet. Wann das Zuwendungsgeschäft einer unselbständigen Stiftung als Auflagenschenkung zu qualifizieren ist, ergibt sich aus dem Wesen der Auflage als einer Leistung, die mit Mitteln des geschenkten Gegenstandes oder seiner Nutzungen zu erbringen ist. Die Auflageleistung, d.h. also die Erfüllung des Stiftungszwecks darf dabei das Geschenk nicht ganz aufzehren sollen. Von einer Auflagenschenkung kann nur gesprochen werden, wenn dem Stiftungsträger nach Erfüllung des Stiftungszwecks ein Vermögensrest zur freien Verfügung, also eine Bereicherung, verbleibt. In RG 105/305 ff. (oben Fall 1 S.7) wurde das Zuwendungsgeschäft einer Stiftung nicht als Auflagenschenkung qualifiziert, weil dem Zuwendungsempfänger eine Bereicherung nicht verbleiben sollte, er vielmehr nur die Last der Verwaltung hatte.

2. Der Treuhandvertrag als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung

Einen der Auflagenschenkung entsprechenden Vertragstypus des "Treuhandvertrages" stellt das BGB nicht auf. Es ist auch durchaus zweifelhaft, ob es einen typischen Treuhandvertrag gibt.

Auch bei der Treuhand erleichtert ein Überblick über die Entstehung des Rechtsinstituts das Verständnis.

a) Geschichtliche Einführung

Im klassischen römischen Recht erschien die Treuabrede als pactum fiduciae bei der Manzipation. Es handelte sich dabei um eine formlose Vereinbarung des Inhalts, daß der übertragene Gegenstand zurückzumanzipieren oder in bestimmter anderer Weise zu verwenden sei[1]. Klagbar (mit der actio fiduciae) wurde diese Abrede etwa im dritten Jahrhundert v.Chr., als sich die Vorstellung durchsetzte, daß die in einem formlosen "pactum" zugesagte "fides" privatrechtlich verpflichte[2]. Hervorzuheben ist noch, daß die fiducia des römischen Rechts nichts zu tun hatte mit dem mandatum. Auch im germanischen Recht gab es die Figur der Treuhand, und zwar, wie die Forschungen Schultzes[3] gezeigt haben, besonders in der Form der letztwilligen Treuhand. Nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob der Treuhänder des langobardischen Rechts schuldrechtlich verpflichtet war, sich wie verabredet zu verhalten. In der Literatur vor Schultzes Untersuchung war wohl die Meinung herrschend, daß eine derartige Verpflichtung bestehe[4]. Schultze leugnete sie[5]. Er nahm an, daß bei den Langobarden auf jegliche obligatorische Bindung des Treuhänders verzichtet wurde. Eine gewisse Bindungswirkung wurde - so Schultze[6] - dadurch erreicht, daß es vorwiegend Kleriker waren, die zum Treuhänder berufen wurden; ihr Stand bot eine Gewähr für die Erfüllung. Später wurde die Erfüllung des Treuhandzwecks im Verwaltungs- und Disziplinarwege erzwungen in den Fällen, in denen ein Kleriker Treuhänder war[7]. Diese im kirchlichen Bereich entwickelten Rechtssätze wurden von den weltlichen Behörden übernommen. Die Erfüllung des Treuhandzwecks wurde zur öffentlich-rechtlichen Pflicht[8].

---

1) Kaser, Römisches Privatrecht I § 100 II, 2.
2) Jörs-Kunkel-Wenger § 54 4b; Kaser, Römisches Privatrecht I § 109 II.
3) Langobardische Treuhand.
4) Heusler, Institutionen I S.221; Merkel, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 2 S.147; Stobbe, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 S.426.
5) S.145.
6) S.150.
7) S.151 f.
8) S.164.

Von hier aus sei es, so heißt es bei Schultze[1], nicht mehr weit gewesen bis zur Annahme einer privatrechtlichen Pflicht zur Ausführung der letztwilligen Anordnung, die nicht einer obligationenrechtlichen Verpflichtungserklärung des Treuhänders entspringe, sondern unmittelbar mit der Übernahme der angetragenen Rechtsmacht kraft der dieser letzteren eigenen Zweckgebundenheit gegeben sei.

b) Die Struktur der Treuhandabrede

Heute ist es eine schuldrechtliche Verpflichtung aus Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag, die den Treuhänder an den vereinbarten Zweck bindet (§§ 662 bzw. 675, 611 BGB). Die Einzelheiten der Pflichtenstellung des Treuhänders werden von der Struktur der Treuhandabrede bestimmt. Diese Pflichtenstellung zeichnet sich durch die Art der "Belangwahrung"[2] aus. Während die Belangwahrung beim gegenseitigen Vertrage gegenläufig-eigennützig ("mea res agitur") und bei der Gesellschaft gleichläufig-eigennützig ("nostra, ergo mea res agitur") sei, so heißt es bei Beyerle[3], könne sie bei der Treuhand als vertretungsweise-uneigennützig gekennzeichnet werden: "tua res a me quasi mea agitur". Der treuhänderisch Engagierte müsse ganz nach den Intentionen des Geschäftsherrn handeln und dabei so vorgehen, als ginge es um seine eigene Zielsetzung und seine Interessen[4]. Die Wahrnehmung des Interesses eines anderen sei der Grundgedanke jedes Treuhandverhältnisses[5].

Während der Typus Auflagenschenkung vom Gesetz fixiert ist, haben sich bei der treuhänderischen Übertragung verschiedene Typen gebildet. So kennen wir die Sicherungstreuhand und die Verwaltungstreuhand. Für das vorliegende Thema scheidet die zur Gläubigersicherung geschlossene Treuhand aus.

---

1) S. 165 und 206, 211.
2) Beyerle, S.16 ff.
3) S.19.
4) Esser § 21, 2.
5) Siebert S.99.

Bei der Verwaltungstreuhand stellen die Auftragsregeln des BGB (§§ 662 - 674) das Gerüst der Treuhandabrede dar, also des schuldrechtlichen Teiles des Rechtsverhältnisses zwischen Treugeber und Treuhänder. Welche Rechte und Pflichten für beide Beteiligten aus der Treuhandabrede entstehen, ist von der konkreten Vereinbarung abhängig. Ein Erfüllungsanspruch des Treugebers, d.h. ein Anspruch gegen den Treuhänder auf ein Tätigwerden zur Realisierung des Zwecks der Treuhand, wird regelmäßig entstehen. § 662 BGB verpflichtet den Beauftragten zur Ausführung des Auftrages, § 611 und § 631 BGB lassen für den Dienstverpflichteten bzw. den Werkunternehmer entsprechende Verpflichtungen entstehen, wenn die konkrete Treuhand sich als Dienst- oder Werkvertrag darstellt (§ 675 BGB). Während hinsichtlich des Erfüllungsanspruches die Treuhandabrede sich von der Auflagenschenkung nicht unterscheidet, weicht sie in der übrigen Ausgestaltung erheblich von ihr ab. Zwar wird der Treuhänder meist selbständiger gestellt sein als der Beauftragte[1], er hat sich gleichwohl nach den Weisungen des Treugebers zu richten, nötigenfalls aber auch davon abzuweichen und sinngemäß[2] zu handeln. Vielfach wird die Leistung des Treuhänders durch Weisungen des Treugebers konkretisiert. Die Auflageverpflichtung ist demgegenüber mit Abschluß des Vertrages fixiert. Eine gewisse Annäherung zwischen Auflagenschenkung und Treuhand ist bei der Frage zu beobachten, ob der Verpflichtete Mittel seines eigenen Vermögens zusetzen muß. Der Treuhänder ist verpflichtet, in Eilfällen auch eigenes Vermögen zuzusetzen, wenn es das Interesse des Treugebers gebietet, normalerweise kann er aber vom Fiduzianten Vorschuß (§ 669 BGB) und in jedem Fall Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 670 BGB). Der Auflagebeschwerte ist nicht verpflichtet, eigenes Vermögen zuzusetzen, hat er das aber in Unkenntnis der Unzulänglichkeit des Geschenks zur Auflagenerfüllung getan, so kann er Ersatz vom Schenker beanspruchen[3].

Die Treuhand als Geschäft im Interesse des Treugebers steht weitgehend zu seiner Disposition. Das bedeutet, daß dem Treugeber die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, das Rechtsverhältnis aufzuheben und den treuhänderisch übertragenen Gegenstand zurückzufordern. Gemäß § 671 BGB steht dem Auftraggeber das Recht zu, den Auftrag jederzeit zu widerrufen.

---

1) Fischbach S.290.
2) Beyerle S.23.
3) Vgl. oben S.23 und Oertmann, Kommentar § 525 Anm. 4.

Allerdings kann das jederzeitige Widerrufsrecht ausgeschlossen werden, was, wie Coing meint[1], oft der Fall sein wird. Der Treuhänder ist dann zur Rückübertragung des Treuguts verpflichtet (§ 667 BGB). Auch wenn die Erfüllung des Treuhandzwecks unmöglich geworden ist, entsteht eine derartige Verpflichtung des Treuhänders. Hier unterscheidet sich die Treuhand wiederum von der Auflagenschenkung: Die Auflagenverpflichtung steht nicht zur Disposition des Schenkers. Zur Rückgabe des Geschenks ist er nur insoweit verpflichtet, als es zur Erfüllung der Auflage hätte verwendet werden müssen, und nur unter den Voraussetzungen des § 527 BGB.

Verpflichtungen des Treugebers können entstehen, wenn der Treuhänder Vorschuß benötigt (§ 669 BGB) oder Aufwendungen gemacht hat (§ 670 BGB).

Was die Rechte dritter Personen betrifft, so gilt bei der Treuhand das gleiche wie bei der Auflagenschenkung. Soll der treuhänderisch übertragene Gegenstand an einen Dritten weitergegeben werden, so ist der Dritte forderungsberechtigt, wenn das konkrete treuhänderische Verhältnis ein Vertrag zugunsten Dritter ist.

c) Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem treuhänderisch übertragenen Gegenstand

Während bei der Auflagenschenkung die dingliche Rechtslage des Beschwerten uninteressant ist, spielt sie bei der treuhänderischen Übertragung die entscheidende Rolle.

Im römischen Recht war der Fiduziar Vollrechtsinhaber. Verfügte er abredewidrig über den Gegenstand, so haftete er wegen dolus[2], der Gegenstand selbst war für den Fiduzianten verloren.

---

1) Staudinger-Coing, Einleitung zu § 104 Rdnr. 60e.
2) Kaser, StudB. § 31 II, 3.

Im germanischen Recht fand diese Trennung der schuld- und der sachenrechtlichen Seite nicht in dieser Weise statt. Die Verfügungsmacht des Treuhänders war durch den vereinbarten Vertragszweck begrenzt[1]. Verfügte er abredewidrig über das Treugut, so zog diese Verfügung nicht nur schuldrechtliche Rechtsfolgen nach sich, sondern entbehrte der dinglichen Wirksamkeit. Der Machtgeber bzw. seine Erben konnten von dem Erwerber das Gut herausverlangen[2].

Das BGB hat die Rechtsstellung des Treuhänders nicht geregelt, so daß mit den allgemeinen Kategorien gearbeitet werden muß. Grundsätzlich folgt das moderne treuhänderische Geschäft der römisch-rechtlichen Fiduzia. Der Treuhänder ist Vollrechtsinhaber, die Beschränkungen seiner Rechtsmacht wirken nur im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder. Treuwidrige Verfügungen sind dinglich wirksam. Der Treugeber ist auf schuldrechtliche Ersatzansprüche angewiesen, nur ausnahmsweise kann er - sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind - nach § 826 BGB Schadensersatz (= Übereignung des Treuguts) von dem Dritten verlangen. Gleichwohl hat man immer wieder versucht, das Recht des Treuhänders entsprechend dem Vertragszweck auch mit Wirkung nach außen hin einzuschränken. Wichtigstes Beispiel hierfür ist die Behandlung des Treuhandeigentümers[3] in Zwangsvollstreckung und Konkurs. Hier steht dem Treuhänder der Gehalt des Eigentums (oder sonstigen Rechts) nach einhelliger Lehre[4] und ständiger Rechtsprechung nicht zu, das Treugut haftet nicht für seine Schulden. Bei Vollstreckung in das Treugut wegen Schulden des Treuhänders kann der Treugeber widersprechen (§ 771 ZPO) bzw. aussondern (§ 43 KO). Im umgekehrten Fall, wenn nämlich wegen Schulden des Treugebers in das Treugut vollstreckt wird, muß zwar vollstreckungsrechtlich der Gewahrsam des Treuhänders beachtet werden (§§ 808 Abs.1, 809, 846 ff. ZPO), aber diese Rechtsbehelfe stehen dem Fiduziar nicht zu.

Auch für das materielle Recht fehlt es nicht an Versuchen, die dingliche Rechtsstellung des Treuhänders dem Vertragszweck anzupassen. Man hat das Recht des Treuhänders nicht als Eigentum, sondern als beschränktes

1) Siebert S.47; Beyerle S.38.
2) Schultze S.69.
3) Auch hier bleibt die eigennützige Treuhand außer Betracht.
4) a.A. von Tuhr II, 2 S.201.

dingliches Recht angesehen[1], als Verwaltungsrecht[2].

Nach Rhode[3] ist der Treuhänder nicht Rechtssubjekt, sondern Zweckverwalter. Das Eigentum am Treugut verbleibe bei dem Treugeber, dieser sei in der Möglichkeit der Verfügung über das Treugut beschränkt: Nur noch Verfügungen, die den Zweck der Treuhand nicht beeinträchtigten, seien ihm gestattet. Neuerdings hat Reinhardt[4] die Ansicht geäußert, daß das Recht des Treuhänders von der Rechtsprechung mit Zustimmung der Lehre de facto zu einem dinglichen Recht eigener Art entwickelt worden sei. Ein Konflikt mit dem numerus clausus der Sachenrechte liege nicht vor, weil nur eine rechtsgeschäftliche Schöpfung neuer Typen des Sachenrechts verwehrt sei, nicht aber die Aufstellung neuer Typen durch Literatur und Rechtsprechung.

Auch wenn man die Möglichkeit leugnet, die dingliche Rechtsstellung des Treuhänders in dieser Weise gegenüber derjenigen des Volleigentümers zu modifizieren, so läßt sich eine Beschränkung des dinglichen Rechts in casu durch die Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bei der Übereignung erreichen. Es kann z.B. abgemacht werden, daß das Eigentum bei Tod des Treuhänders, treuwidriger Verfügung oder auch Zwangsvollstreckung in das Gut an den Treugeber zurückfallen soll[5].

d) Abgrenzung der Treuhand von der Auflagenschenkung

Wann das Zuwendungsgeschäft bei einer unselbständigen Stiftung als treuhänderische Übertragung zu qualifizieren ist, ergibt sich aus der Struktur der Treuhand. Während bei der Auflagenschenkung nach Erfüllung der Auflageverpflichtung eine Bereicherung für den Beschenkten verblei-

1) Schultze, IherJb 43/27.
2) Nord S.7; Friedmann S.1069/1079.
3) S.98.
4) JuS 1962 S.49.
5) Vgl. Schultze IherJb 43/34.

ben muß, ist für die treuhänderische Übertragung begriffswesentlich, daß ein Rest zur freien Verfügung nicht übrigbleibt.[1] Schwierig wird die Abgrenzung dann, wenn die konkrete Treuhand ein entgeltliches Geschäft ist und der Treuhänder verabredungsgemäß einen Teil des Treuguts oder seiner Erträge für eigene Zwecke soll verwenden dürfen. Ebenfalls problematisch ist die Abgrenzung in dem Falle, daß einer juristischen Person eine Zuwendung mit der Bestimmung gemacht wird, daß diese Zuwendung oder ihre Erträge für satzungsmäßige Zwecke der juristischen Person zu verwenden sei. Hier scheint eine Bereicherung der juristischen Person vorzuliegen, dadurch daß (obwohl!) sie den ganzen empfangenen Wert weitergeben mußte. Denn nach h.M. und Rechtsprechung ist eine Schenkung gegeben, wenn einer juristischen Person Zuwendungen zur Verwirklichung ihrer satzungsmäßigen Zwecke gemacht werden[2]. Daß eine Schenkung in Wahrheit nicht vorliegt, wenn der Verwendungszweck vertraglich festgelegt wird, wird deutlich, wenn man die Möglichkeit bedenkt, daß die juristische Person ihren satzungsmäßigen Zweck ändert. Wurde eine Verabredung über die Verwendung des zugewendeten Gegenstandes getroffen, so wird diese Verwendungsbestimmung von der Änderung des satzungsmäßigen Zwecks nicht berührt. In jedem Fall der Bindung des Empfängers an den vereinbarten Verwendungszweck kann von einer Schenkung nicht gesprochen werden.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß als Zuwendungsgeschäfte für eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtete unselbständige Stiftung die Typen Auflagenschenkung und Treuhand in Frage kommen. Besteht eine Verabredung über die Verwendung des gesamten zugewendeten Wertes, so handelt es sich um eine Treuhand, soll dagegen dem Empfänger nach Erfüllung des vereinbarten Zwecks noch ein Vermögensrest zu freier Verfügung verbleiben, so läßt sich das konkrete Geschäft als Auflagenschenkung qualifizieren.

---

1) Soergel-Siebert (Ballerstedt) § 525 Rdnr. 5; nach diesem Kriterium hat das RG im Fall 1 (oben S.7) das Zuwendungsgeschäft als Treuhand qualifiziert.

2) Staudinger-Ostler § 525 Rdnr. 10; RG 70/15 ff. (18); 71/140 ff. (143); 105/305 ff. (308).

3. "Datio ob rem" ("datio ob causam") als Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung?

In Fall 1 (oben S.7) hatte das RG den Rückforderungsanspruch der Erben der Stifterin aus § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB hergeleitet: eine Zuwendung (datum ob causam) könne nach der allgemeinen Regel des § 812 BGB zurückgefordert werden, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintrete. Die Anwendung des § 812 BGB überrascht dabei insofern, als das RG das Rechtsverhältnis zwischen Stifterin und Stiftungsträger zuvor als ein Treuhandverhältnis qualifiziert hatte und damit zu erwarten war, daß die Rückgabeverpflichtung des Stiftungsträgers auf § 667 BGB gestützt werden würde. Man könnte deshalb meinen, daß das RG bei Qualifizierung des Rechtsverhältnisses als Treuhandgeschäft die evtl. entstehenden Beziehungen des Stiftungsträgers zu dritten Personen im Auge hatte, die Beziehung zwischen Stifterin und Stiftungsträger, also das eigentliche Zuwendungsgeschäft, jedoch einer anderen (oder weiteren) Kategorie, nämlich der datio ob causam einordnen wollte. Die Qualifizierung des zugewendeten Gegenstandes als datum ob causam könnte dafür ein Anzeichen sein. Es fragt sich mithin, ob die datio ob causam Zuwendungsgeschäft einer unselbständigen Stiftung sein kann oder, falls dies nicht der Fall ist, welche Bedeutung der Anwendung dieses Begriffes für das Zuwendungsgeschäft zukommt.

a) Die römisch-rechtlichen Begriffe "datio ob rem" und "datio ob causam"

Die Begriffe datio ob rem und datio ob causam bezeichneten im römischen Recht eine Zuwendung, die mit Rücksicht auf einen bestimmten Erfolg gemacht wurde. Der Erfolg konnte dabei ein unabhängig vom Willen der Parteien eintretendes (oder ausbleibendes) Ereignis sein (z.B. das Vorversterben des Gebers bei der donatio mortis causa[1]) oder in einer Leistung des Empfängers bestehen, zu der dieser jedoch nicht verpflichtet

1) Kaser, Römisches Privatrecht I § 139 III, 3 (S.499).

wurde. Spätestens vom Ende des 2.Jahrhunderts n.Chr. an werden die Begriffe datio ob rem und datio ob causam synonym gebraucht[1]. Wesentlich ist, daß der Geber bei der datio ob rem (datio ob causam) die Gabe mit der condictio[2] zurückfordern konnte, wenn das erwartete Ereignis ausblieb bzw. der Empfänger der Gabe sich nicht wie versprochen verhielt, insbesondere die - nicht rechtsverbindlich - zugesagte Leistung nicht erbrachte. Datio ob causam und datio ob rem waren daher die Rechtsform, in der Innominatkontrakte realisiert wurden, bei denen bekanntlich wegen des numerus clausus der Kontraktstypen ein Erfüllungsanspruch nicht entstand[3].

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß der Empfänger einer datio ob rem (datio ob causam) Vollrechtsinhaber wurde, seine dingliche Rechtsstellung durch die Abrede über den erwarteten Erfolg der Zuwendung also nicht beeinträchtigt wurde.

b) Die Bedeutung von datio ob causam und datio ob rem für das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger

Der aus dem römischen Recht stammende Zusammenhang der datio ob rem (datio ob causam) mit der Kondiktion wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolges besteht auch heute noch. Der Inhalt der beiden Begriffe ist mithin davon abhängig, welchen Bereich man der Regelung des § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB unterstellt, wonach eine Leistung zurückgefordert werden kann, wenn der mit ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Dieser Bereich ist ziemlich ausgedehnt, er umfaßt nach h.M. die verschiedenartigsten Fälle. Für das Recht der unselbständigen Stiftungen bzw. die Rechtsbeziehungen zwischen Stifter und Stiftungsträger kommt davon aber nur eine Gestaltungs-

1) Fritz Schwarz S.131.
2) Üblich sind die Bezeichnungen "condictio causa data causa non secuta", "condictio ob rem" und "condictio ob causam datorum" (Jörs-Kunkel-Wenger § 155 3b).
3) Jörs-Kunkel-Wenger § 152, 1.

form in Betracht: die Zuwendung, die den Empfänger zu einem bestimmten Verhalten veranlassen soll, ohne daß er dazu rechtlich verpflichtet wäre. Unselbständige Stiftungen, deren Zuwendungsgeschäft diese Gestaltung aufweist, mögen immerhin vorkommen. Die Qualifizierung des Zuwendungsgeschäfts als datio ob rem (datio ob causam) bedeutet dann, daß beim Ausbleiben der erwarteten Tätigkeit des Stiftungsträgers das Stiftungsgut zurückzugeben ist. Der Begriff datio ob rem (datio ob causam) bezeichnet mithin - im Gegensatz zur Auflagenschenkung zum Beispiel - keinen speziellen Vertragstypus, sondern eine Art der Gestaltung des Vertrages, der im übrigen als Auflagenschenkung oder Treuhand qualifiziert werden kann und muß. Wird zum Beispiel das Stiftungsgut dem Stifter zu treuen Händen übertragen, ohne daß eine Verpflichtung des Stiftungsträgers zum Tätigwerden begründet wird (der Stifter verläßt sich auf die Sicherheit, die ihm z.B. die gesellschaftliche Stellung der als Stiftungsträger in Aussicht genommenen Person bietet), so müßte dieses Zuwendungsgeschäft wohl als Treuhandgeschäft qualifiziert werden. Gleichzeitig stellte es eine datio ob rem dar, da nämlich in dem Fall, daß der Stiftungsträger wider Erwarten untätig bleibt, der Stifter Rückgabe des Stiftungsguts verlangen kann.

Gegen die Verwendung dieser Bezeichnungen lassen sich Bedenken erheben. Da sie mit dem Kondiktionsanspruch wegen Nichterreichung des mit der Leistung bezweckten Erfolges korrespondieren, werden sie mit allen Streitfragen belastet, die bei diesem Kondiktionsanspruch aufgetaucht sind. Es herrscht nämlich durchaus keine Einigkeit über die Abgrenzung zwischen vertraglichen Ansprüchen auf Rückgewähr schon erbrachter Leistungen und dem Kondiktionsanspruch des § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB.

Die Ansichten stimmen nur insofern überein, daß das Ausbleiben der Gegenleistung bei einem gegenseitigen Vertrage nicht den Bereicherungsanspruch auslöst. Sie gehen aber schon für den Fall auseinander, daß ein "über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg" Vertragsinhalt geworden ist. Während nach Ansicht von RG und BGH sowie eines Teils des Schrifttums hier beim Nichteintritt dieses Erfolges § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB anzuwenden ist[1)], sind nach anderer Meinung diese Fälle nach der Lehre

1) RG 132/242; BGH MDR 1952/33 f.; Erman-Seiler § 812 5 A d; Enneccerus-Lehmann § 224 I 2.

von der Zweckverfehlung zu behandeln[1]; nach v. Caemmerer[2] und Esser[3] ist die Anwendung des § 812 Abs.1 S.2 2. Fall BGB überhaupt auf Fälle beschränkt, wo Leistungen in der (fehlgehenden) Erwartung erbracht wurden, es werde zum Abschluß einer sie rechtfertigenden causa kommen, während Larenz[4] und Söllner[5] auch noch Leistungen hinzunehmen wollen, die den Empfänger zu einer Gegenleistung motivieren sollen, ohne daß dieser eine Rechtspflicht dazu einginge.

Die Uneinigkeit über den Anwendungsbereich des erwähnten Bereicherungsanspruchs spiegelt sich bei der Bestimmung des Wesens der datio ob rem (datio ob causam) wider. So unterfallen nach Ansicht Kuhns im RGRK[6] nur entgeltliche Geschäfte diesem Begriff, während Ostler[7] im Staudingerschen Kommentar datio ob causam und Zweckschenkung[8] gleichsetzt. Borchers[9] wiederum versucht, die beiden zuletzt genannten Begriffe voneinander abzugrenzen.

Bei diesem Stand der Begriffsbildung empfiehlt sich die Verwendung der Bezeichnung datio ob rem (datio ob causam) für das Zuwendungsgeschäft einer unselbständigen Stiftung nicht. Ein gegenüber Auflagenschenkung und Treuhandverhältnis selbständiges Zuwendungsgeschäft würde sie ohnehin nicht darstellen, sondern nur auf eine atypische Gestaltungsform innerhalb dieser Geschäfte hinweisen derart, daß der Rückforderungsanspruch sich bei der Treuhand nicht schon aus einer sinngemäßen Auslegung des Vertrages und bei der Auflagenschenkung nicht schon aus deren Regelung ergibt (vgl. oben S.34 und 21).

Die datio ob rem (datio ob causam) ist mithin kein Zuwendungsgeschäft für eine unselbständige Stiftung. Die Verwendung dieses Begriffes bezeich-

1) Esser § 192, 4; ihm zustimmend Soergel-Siebert (Mühl), § 812 Rdnr.144.
2) S.344 Anm.39.
3) § 192, 4.
4) Bes. Teil § 63 II (S.385 f.).
5) AcP 163/45.
6) § 527 Anm.3.
7) § 525 Rdnr. 9.
8) Vgl. oben S.22.
9) S.21 ff.

net nur einen Teilaspekt des Rechtsverhältnisses, und zwar der Beziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger; für das Verhältnis zu den Destinatären z.B. ist daraus nichts herzuleiten. Die Qualifizierung eines Zuwendungsgeschäfts als datio ob rem hat also nur beschränkte Aussagekraft.

II. Zuwendung des gestifteten Gegenstandes durch Verfügung von Todes wegen

Viele, ja die meisten unselbständigen Stiftungen werden durch Verfügung von Todes wegen errichtet. Als Zuwendungsgeschäft kommt hier die mit einer Auflage (oder einem Untervermächtnis) belastete Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) in Betracht. Der Stiftungsträger wird zum Erben oder Vermächtnisnehmer eingesetzt, den Destinatären wird ein Untervermächtnis zugewendet, oder sie sind Auflagebegünstigte. Die Verpflichtung des Stiftungsträgers zur Erfüllung des Stiftungszwecks erscheint mithin entweder als Vermächtnisschuld (§§ 1939, 2147, 2174 BGB) oder als Auflagelast (§ 1940 BGB).

1. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit Anordnung eines Vermächtnisses (Untervermächtnisses)

Die Zuwendung eines Vermächtnisses (Untervermächtnisses) an die Destinatäre wird als Zuwendungsgeschäft einer unselbständigen Stiftung verhältnismäßig selten vorkommen. Es müßten dann die Destinatäre bestimmt oder doch bestimmbar sein, da sie Gläubiger des Schuldverhältnisses zwischen Vermächtnisnehmer und Beschwertem werden. Zwar bietet das Gesetz die Möglichkeit, sowohl die Person des Vermächtnisnehmers als auch den Gegenstand, den der Bedachte erhalten soll, durch den Beschwerten oder einen Dritten bestimmen zu lassen (§§ 2151 Abs. 1 und 2153 Abs. 1 BGB). Auch die Kombination beider Gestaltungen ist von der

Rechtsprechung [1] als zulässig anerkannt worden, so daß stiftungsähnliche Wirkungen durchaus erzielt werden können. Immer aber muß der Kreis der bedachten Personen so umgrenzt sein, daß über die Zugehörigkeit des ausgewählten Vermächtnisnehmers zu diesem Kreis kein Zweifel bestehen kann[2]. Vor allem bei Bestimmbarkeit der Bedachten nach objektiven Merkmalen darf die Zahl der Anwärter nicht allzu groß sein[3]. Eine echte Auswahl muß noch möglich sein[4].

Allerdings ist das Vermächtnis (Untervermächtnis) zur Erreichung einer Dauerwirkung ungeeignet. Der Anspruch des Vermächtnisnehmers entsteht mit dem Erbfall (§ 2176 BGB) und verjährt in 30 Jahren (§ 195 BGB). Die Bestimmung der Bedachten (und auch des Gegenstandes) durch einen Dritten ändert daran nichts. Mit dem Vermächtnis (Untervermächtnis) läßt sich daher nur die Rechtsbeziehung zwischen dem Beschwerten und der "ersten Generation" der Destinatäre erfassen. Die mit einem Vermächtnis (Untervermächtnis) belastete Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) ist als Zuwendungsgeschäft nur für die unselbständige Stiftung geeignet, bei der das Stiftungsgut selbst zu verteilen ist an den oder die Bedachten, die aus einem Kreis von Anwärtern auszuwählen sind. Ist dagegen nicht das Stiftungsgut selbst zur Verteilung bestimmt, sondern nur sein Ertrag, und ist der Kreis der Anwärter nur durch den Stiftungszweck fixiert, so können die entstehenden Rechtsbeziehungen mit dem soeben betrachteten Zuwendungsgeschäft nicht erfaßt werden. Bei einer unselbständigen Stiftung ohne Destinatäre (z.B. verfolgt die unselbständige Stiftung den Zweck, eine Gemäldegalerie oder ein Museum zu unterhalten) endlich ist das betrachtete Zuwendungsgeschäft gänzlich unbrauchbar.

2. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) unter Anordnung einer Auflage

Die Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) unter einer Auflage ist das für die durch Verfügung von Todes wegen errichtete unselbständige Stiftung

1) RG 30/287 f. (unter der Geltung des ALR); 96/15 ff. (17).
2) Staudinger-Seybold § 2151 Rdnr. 3.
3) Lange § 27 III, 2b.
4) Lange a.a.O.

bei weitem wichtigere Zuwendungsgeschäft und bedarf daher einer eingehenderen Betrachtung.

a) Das Wesen der erbrechtlichen Auflage

Die erbrechtliche Auflage wird vom Gesetz definiert in § 1940 BGB als eine vom Erblasser dem Erben oder Vermächtnisnehmer auferlegte Verpflichtung zu einer Leistung, der kein Recht eines anderen auf die Leistung gegenübersteht. Wie die Schenkungsauflage verpflichtet die erbrechtliche Auflage, anders als jene berechtigt sie nicht.

Auch die erbrechtliche Auflage kam schon im römischen Recht vor. Es handelte sich darum, daß bei einer Zuwendung von Todes wegen dem Empfänger ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben wurde. Der Hauptanwendungsfall des modus war die Erreichung gemeinnütziger, religiöser oder wohltätiger Zwecke. Die Auflage zugunsten einer Privatperson kam dagegen selten vor[1]. Die rechtliche Ausgestaltung entsprach dem Anwendungsbereich: Keine Klage auf Vollziehung der Auflage, sondern behördliches Eingreifen bei Nichterfüllung[2]. Erst bei Justinian wurde der modus zum terminus technicus; bei Nichterfüllung der Auflage war die Rückforderung des zugewendeten Gegenstandes möglich[3].

Die Auflage des BGB kann ihre Herkunft nicht verleugnen. Auch sie erweist sich durch ihre Struktur als die geeignete Rechtsform zur Verwirklichung unpersönlicher Zwecke. Es gibt zwar auch Auflagen zugunsten einzelner bestimmter Personen, ihren Hauptanwendungsbereich bilden aber die Fälle, in denen ein (unpersönlicher) Zweck erreicht werden soll[4]. Verhältnismäßig häufig wird die Auflage vorkommen, das Grab des Erblassers zu pflegen (vgl. Fall 10 oben S.14). Auch Auflagen zugunsten von Tieren mögen hin und wieder anzutreffen sein. Im Vordergrund stehen aber sicher

1) Pernice S.33.
2) Pernice S.39.
3) Vgl. Kaser, StudB. § 10 III.
4) Lange § 28 I, 3.

die Auflagen, die die Verfolgung kultureller, wohltätiger und religiöser Zwecke zum Inhalt haben.

b) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zueinander

Betrachtet man die Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen, so zeigen sich bei der erbrechtlichen Auflage bedeutende Abweichungen gegenüber dem gewöhnlichen Schuldverhältnis. Zunächst fällt auf, daß mehrere Personen beteiligt sind. Das Vermächtnis erzeugte ein Schuldverhältnis zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten. Bei der Auflage treten dagegen drei Personen auf: Der Beschwerte, der (die) Begünstigte(n) und der (die) Vollziehungsberechtigte(n).

α) Die Beziehung Vollziehungsberechtigter - Beschwerter

Die wohl interessanteste Rechtsbeziehung ist diejenige zwischen dem Beschwerten und dem Vollziehungsberechtigten. Sie unterscheidet sich vom gewöhnlichen Schuldverhältnis dadurch, daß die dort anzutreffende Entsprechung von Verpflichtung und Anspruch fehlt. Auf der Seite des Beschwerten liegt eine echte schuldrechtliche Verbindlichkeit vor, ein Gläubiger tritt jedoch nicht auf. Auch bei der Auflage zugunsten bestimmter Personen oder sogar einer einzigen Person erwerben diese keine Ansprüche auf die Auflageleistung. Die Erfüllung der Verpflichtung des Beschwerten wird gewährleistet durch den Vollziehungsanspruch der in § 2194 BGB aufgezählten Personen[1]. Die dogmatische Einordnung des Vollziehungs-

1) Vollziehungsberechtigt sind der Erbe, der Miterbe und derjenige, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Auch der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Vollziehung zu verlangen (h.M.; Lange § 28 III,3;Staudinger-Seybold § 2194 Rdnr. 4; RGRK-Johannsen § 2194 Anm.1.)Schließlich kann die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen, wenn diese im öffentlichen Interesse liegt.

anspruchs ist nicht recht gelungen. In den Motiven[1] wurde das Recht als ein "mehr formales" angesehen. Es sei kein materielles[2], kein vermögenswertes[3] Forderungsrecht. Kohler[4] bezeichnete es als Anspruch ohne Forderungsrecht. Bei Endemann[5] werden die Vollziehungsberechtigten als formell klagberechtigte Personen bezeichnet. Nach Hellwig[6] liegt etwas "Exceptionelles" vor. Schultze[7] vertrat demgegenüber die Ansicht, daß die Vollziehungsberechtigten durchaus auch ein materielles obligatorisches Recht hätten. Sie seien Treuhänder, inhaltlich sei ihre Gläubigerstellung dem Treuhandzweck angepaßt. Coing[8] schließt sich in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs der Ansicht Schultzes an, während er in der Vorauflage das Verhältnis zwischen dem Vollziehungsberechtigten und dem Beschwerten als ähnlich demjenigen zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger beim Vertrag zugunsten Dritter angesehen hat[9]. Lange[10] ist demgegenüber der Meinung, daß im Gegensatz zum Vertrage zugunsten Dritter keine Gläubigerstellung mit richtungsgeänderter Leistungspflicht vorliege, sondern von vornherein nur ein Anspruch auf Leistung an den Begünstigten bestehe. Dieser sei fremdnützig und sei ein Fall der Wahrung der Rechtsstellung des Erblassers nach seinem Tode.

Im einzelnen sieht man den Anspruch des Vollziehungsberechtigten als nicht übertragbar, nicht verpfändbar und nicht pfändbar an[11]. Er fällt nicht in die Konkursmasse des Vollziehungsberechtigten[12]. Der Berech-

---

1) Bd. V 214.
2) Planck-Flad § 2194 Anm. 1.
3) Staudinger-Seybold § 2194 Rdnr. 7.
4) ArchBürgR 21/261.
5) Lehrbuch III, 1 § 97 VI.
6) Verträge auf Leistung an Dritte S. 58.
7) IherJb 43/92 f.
8) Kipp-Coing § 64 III, 4.
9) Kipp-Coing, Erbrecht, 11. Bearbeitung, Tübingen 1960, § 64 III 4.
10) § 28 III, 4.
11) Lange § 28 III, 4.
12) RGRK-Johannsen § 2194 Rdnr. 8.

tigte hat eine amtsähnliche Stellung: Sein Recht ist unverzichtbar[1], es vererbt sich nur, wenn die gesamte Rechtsstellung, aus der es resultiert, auf den Erben übergeht[2]; ernennt der Erblasser eine Person zum Vollziehungsberechtigten, so handelt es sich dabei um die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit begrenztem Wirkungsbereich[3]. Betrachtet man die Verpflichtung des Beschwerten, so erweist sie sich als gewöhnliche schuldrechtliche Verbindlichkeit. Allerdings treten andere Rechtsfolgen ein, wenn die Auflageleistung nicht mehr erbracht werden kann: § 281 BGB soll nicht gelten, weil es an einem Gläubiger fehle[4] bzw. weil die Leistungspflicht vom Willen des Erblassers abhänge[5]. Möglicherweise könne eine Pflicht zur Leistung des Ersatzwertes durch Auslegung nach dem irrealen Willen des Erblassers gewonnen werden[6]. Auch § 280 BGB gilt nicht, weil ein Gläubiger fehlt. Lange meint, daß wenigstens Schadensersatz wegen positiver Forderungsverletzung gewährt werden müßte[7]. Im Fall der vom Beschwerten verschuldeten Unmöglichkeit gilt eine ähnliche Regelung wie bei der Schenkungsauflage. Die Zuwendung kann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit herausverlangt werden, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen (§ 2196 Abs. 1 BGB). Anspruchsberechtigt ist derjenige, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Dagegen ist die Rückforderung ob causam datorum (wie bei der Schenkungsauflage, oben S. 22) bei einer Zuwendung von Todes wegen nicht möglich.

ß) Die Beziehung Begünstigter - Beschwerter

Die Beziehung zwischen dem Begünstigten und dem Beschwerten ist durch das Fehlen des Erfüllungsanspruchs gekennzeichnet. Der Begünstigte hat keine Möglichkeit der Einwirkung auf den Beschwerten, falls dieser die ihm auferlegte Leistung nicht erbringt. Ganz bedeutungslos ist das Rechts-

1) Lange § 28 III, 4.
2) Kipp-Coing § 64 III, 4.
3) Kipp-Coing § 64 III, 5.
4) Planck-Flad § 2196 Anm. 1.
5) Lange § 28 III, 5b.
6) Lange a. a. O.
7) § 28 III, 5c Anm. 1.

verhältnis jedoch nicht; dem Begünstigten steht immerhin eine schuldrechtliche Anwartschaft zu[1]. Außerdem wird der Auflagebegünstigte in gewisser Hinsicht wie ein Gläubiger behandelt. Sein Verhalten (z.B. Handlungen, die beim Gläubiger aus einem Schuldverhältnis Gläubigerverzug oder Unmöglichkeit zur Folge haben) löst die für den Gläubiger eines schuldrechtlichen Anspruchs eintretenden Rechtsfolgen aus[2]. Einen Schadensersatzanspruch gegen den Beschwerten hat er jedoch nicht, wenn dieser schuldhaft die Erfüllung der Auflage unmöglich macht[3].

γ) Die Beziehung Begünstigter - Vollziehungsberechtigter

Auch im Verhältnis zwischen dem Begünstigten und dem Vollziehungsberechtigten entstehen keine Ansprüche, wenngleich auch dieses Verhältnis rechtlich nicht bedeutungslos ist. Ein möglicher Entstehungsgrund für Rechtsfolgen ist gegeben, wenn der Vollziehungsberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch macht. Der Vollziehungsberechtigte darf auf sein Recht nicht verzichten[4], eine Klagepflicht besteht aber nicht[5]. Die Nichtausübung des Rechts zieht keine Rechtsfolgen nach sich, insbesondere ist der Vollziehungsberechtigte dem Begünstigten nicht schadensersatzpflichtig. Allenfalls kann eine derartige Verpflichtung entstehen, wenn der Vollziehungsberechtigte und der Beschwerte dolos zusammenwirken (§ 826 BGB). Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn die Ernennung der betreffenden Person zum Vollziehungsberechtigten sich als Anordnung einer Testamentsvollstreckung darstellt. Der Testamentsvollstrecker ist nur dem Erben und dem Vermächtnisnehmer gegenüber bei Verletzung seiner Verpflichtungen schadensersatzpflichtig, nicht dem Auflagebegünstigten gegenüber (§ 2219 BGB)[6].

---

1) Lange § 28 III, 2.
2) Lange a.a.O.
3) RGRK-Kregel § 1940 Anm.6.
4) h.M.: vgl. z.B. Lange § 28 III, 3.
5) RGRK-Johannsen § 2194 Anm.7.
6) RG WarnRspr 29. Jg. Nr. 133.

c) Die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen zu dem zugewendeten Gegenstand

Die Betrachtung der dinglichen Rechtslage ist bei der erbrechtlichen Auflage unergiebig. Der Beschwerte ist, sofern er die Stellung des Erben hat, Vollrechtsinhaber mit dem Erbfall, andernfalls, d.h. wenn er Vermächtnisnehmer ist, nachdem ihm der zugewendete Gegenstand übertragen wurde. Eine Minderung der dinglichen Rechtsstellung bewirkt die Auflageverpflichtung nicht.

3. Abgrenzung von Vermächtnis und erbrechtlicher Auflage

Die Abgrenzung der beiden Zuwendungsgeschäfte für die durch Verfügung von Todes wegen errichtete unselbständige Stiftung ergibt sich aus dem Wesen von Vermächtnis und Auflage. Der Vermächtnisnehmer hat einen Erfüllungsanspruch, der Auflagebegünstigte nicht. Die Auflageleistung braucht keinen Vermögenswert zu haben[1)], Gegenstand des Vermächtnisses muß ein Vermögensvorteil sein. Die Auflage erfordert im Unterschied zum Vermächtnis keinen Begünstigten: Die Erhaltung eines Gegenstandes oder einer Einrichtung (z.B. eines Parks, Museums, Schlosses, einer Bibliothek) kann mit der auferlegten Leistung bezweckt werden. Anders als beim Vermächtnis besteht keine Schranke für die zeitliche Wirksamkeit der Auflage[2)]. Treten begünstigte Personen auf, so brauchen sie - wenn die Anordnung des Erblassers als Auflage zu qualifizieren ist - nicht bestimmt (bzw. aus einem leicht übersehbaren Anwärterkreis[3)] bestimmbar) zu sein, wie das beim Vermächtnis der Fall sein müßte. Es genügt, daß der Zweck der Auflage vom Erblasser festgelegt wird. In ganzen läßt sich sagen, daß eine Auflage immer dann an-

1) Lange, § 28 I 1.

2) § 2192 BGB erklärt die §§ 2162/2163 BGB, die eine Beschränkung der zeitlichen Wirksamkeit der Vermächtnisanordnung anordnen, für die Auflage nicht für anwendbar.

3) RG 96/15 ff. (17).

zunehmen ist, wenn es in irgendeiner Beziehung an den Merkmalen des Vermächtnisses fehlt.

Die für eine unselbständige Stiftung in Betracht kommenden Zuwendungsgeschäfte sind damit in ihren Grundzügen dargelegt. Es ist nun die Frage zu erörtern, ob dem Begriff der unselbständigen Stiftung gegenüber dem Zuwendungsgeschäft ein eigener Gehalt zukommt.

3. Kapitel: Der Begriff der unselbständigen Stiftung im Verhältnis zu den Zuwendungsgeschäften

I. Entstehung des Begriffs der unselbständigen Stiftung

Der Begriff der unselbständigen Stiftung verdankt seine Existenz der Aufstellung des Begriffs der rechtsfähigen Stiftung, kontrastiert er doch gerade gegen diese durch das Merkmal der fehlenden Rechtsfähigkeit.

Es liegt deshalb auf der Hand, daß im klassischen römischen Recht die Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Stiftung nicht anzutreffen ist. Denn das klassische römische Recht kannte den Begriff der rechtsfähigen Stiftung nicht[1]. Es gab mithin nur "unselbständige" Stiftungen. Stiftungsähnliche Rechtswirkungen konnten nur vertraglich oder durch Verfügung von Todes wegen erreicht werden. Das geschah in der Weise, daß die Verwendung eines zugewendeten Gegenstandes oder seiner Nutzungen durch eine Auflage vorgeschrieben wurde. Dauerwirkung erzielte man dadurch, daß die Erbringung der Stiftungsleistungen einer Person auferlegt wurde, die dauernden Bestand hatte, also z.B. einer Stadtgemeinde. Es handelte sich bei dieser "Stiftung" also um eine gewöhnliche Vermächtniszuwendung mit Auflage bzw. Auflagenschenkung, einzige Besonderheit war, daß der Empfänger eine juristische Person war. Ganz unrömisch wäre es, so meinte Pernice[2], von einer Dedikation oder Konsekration an oder für einen Zweck zu sprechen.

1) Pernice S.56.
2) S.150.

In justinianischer Zeit gab es dann schon Stiftungen, deren Vermögen keiner anderen Person gehörte und die eine eigene Verwaltung besaßen. Ihre Rechtslage war dogmatisch nicht geklärt[1]. Diese "selbständigen" Stiftungen fielen wie die "unselbständigen", d. h. diejenigen, deren Vermögen einer Kirche oder einem Grundherrn gehörte, unter den Begriff der piae causae. Dem Eigentum am Stiftungsgut kam nicht die zentrale Bedeutung für die Gliederung des Rechtes der Stiftungen zu, wie das heute der Fall ist. Auch im Mittelalter und in der Zeit der Aufklärung spielte der Gesichtspunkt des Eigentums am Stiftungsgut eine untergeordnete Rolle. Für das Stiftungsrecht waren damals zwei Grundkategorien bestimmend: die Anstaltsstiftung, die man als Korporation der Insassen auffaßte und dementsprechend behandelte[2], und die Hauptgeldstiftung, die nach Legat- und Exekutorrecht beurteilt wurde[3]. Die Anstaltsstiftungen wurden als Rechtssubjekte angesehen[4]; den Hauptgeldstiftungen kam dagegen keine Rechtsfähigkeit zu[5], einerlei, ob sie im Eigentum eines Dritten standen oder nicht. Um die Frage, wer der Eigentümer des Stiftungsguts sei, das nicht im Eigentum eines Dritten stand, kümmerte man sich wenig[6]. Den Begriff unselbständige Stiftung aufzustellen war erst zu dem Zeitpunkt sinnvoll, als die Frage nach dem Eigentum am Stiftungsgut in den Mittelpunkt des Interesses getreten war. Dies geschah, nachdem Heise im Jahre 1807 in § 88 der ersten Auflage und im Jahre 1816 in § 98 Anm. 13 der zweiten Auflage seines Grundrisses eines Systems des gemeinen Zivilrechts das Stiftungsrecht in einem neuen System geordnet hatte, vermutlich ohne die Auswirkungen dieser neuen Systematisierung zu übersehen. Für die zuvor übliche Unterscheidung von Anstalts- und Hauptgeldstiftung war jetzt kein Platz mehr. Wesentliches (und einziges) Merkmal der Stiftung war ihre Rechtsfähigkeit. Heise erhob solche "Masse(n) von Gütern, welche zu einem gemeinnützigen Zweck gewidmet und unter eine besondere Verwaltung gestellt" waren, zu Rechtssubjekten. Als Bei-

1) Kaser StudB § 17 III, 2.
2) Pleimes, Irrwege S. 12, 48; § 42 II 19 ALR.
3) Pleimes, a. a. O. S. 26.
4) S. 14, 32.
5) S. 60, 70.
6) S. 70.

spiele nannte er venerabiles domus, legata pro redemptione captivorum, Witwenkassen und Stipendien.

Welchen großen Einfluß diese in einer Anmerkung enthaltene neue Systematik für das Stiftungsrecht in der Folgezeit hatte, haben Pleimes[1] und neuerdings Liermann[2] anschaulich gemacht. Die unselbständige Stiftung war, da sie keine Rechtsfähigkeit besaß, überhaupt keine Stiftung. Die Anwendung von Stiftungsrecht kam nicht in Frage. Die unselbständige Stiftung wurde in das Schuldrecht und das Erbrecht verwiesen. Diese Ansicht hat sich während des ganzen 19. Jahrhunderts gehalten und herrscht im Grunde noch heute. Auch die Rechtsprechung ist in diesem Gedankengang befangen. Die bereits angeführte Entscheidung des RG[3] (Fall 1 oben S. 7) zeigt das ganz deutlich. Auf das zu qualifizierende Rechtsgebilde wird zunächst der Begriff unselbständige Stiftung angewendet. Dabei bleibt offen, auf Grund welchen Kriteriums das Rechtsverhältnis in dieser Weise qualifiziert wurde. Für die Entscheidung werden dann aber aus dieser Qualifikation keine Rechtsfolgen abgeleitet. Welche einzelnen Rechte und Pflichten für die beteiligten Personen entstehen, soll vom Charakter des Zuwendungsgeschäfts abhängen. Die unselbständige Stiftung, so führte das RG aus, verbleibe in Abhängigkeit von dem Zuwendungsgeschäft[4]. Es drängt sich die Frage auf, wozu der Begriff der unselbständigen Stiftung überhaupt aufgestellt wird.

II. Versuche in Literatur und Rechtsprechung, dem Begriff der unselbständigen Stiftung einen eigenen Inhalt zu geben. Deren Unzulänglichkeit

In Anbetracht der Entstehungsgeschichte des Begriffs der unselbständigen Stiftung steht zu erwarten, daß eine Abgrenzung von der Auflagenschenkung, der Treuhand, dem Vermächtnis und der erbrechtlichen Auflage

1) Irrwege S. 74 ff.
2) Handbuch des Stiftungsrechts I S. 236.
3) RG 105/305 ff.
4) a. a. O. S. 306.

auf Schwierigkeiten stoßen wird. In der Tat ist auch bisher nicht recht gelungen, der unselbständigen Stiftung einen eigenen Begriffsinhalt zu geben. An Versuchen dazu hat es nicht gefehlt. Soweit man für die Begriffsbildung bei dem Stiftungsgeschäft, also dem Vertrag zwischen Stifter und Stiftungsträger, angesetzt hat, sind es im wesentlichen zwei Wege gewesen, auf denen man eine Lösung zu finden hoffte: einerseits durch Aufnahme eines zusätzlichen Merkmals in das Zuwendungsgeschäft[1] (die Auflagenschenkung, den Treuhandvertrag), anderseits durch Bildung eines spezifischen Vertragstypus für die Vereinbarung zwischen Stifter und Stiftungsträger.

1. Begriffsbildung im Bereich der schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen

Während ein Schuldverhältnis eine Rechtsbeziehung in der Regel zwischen zwei Personen ist, treten bei einer Stiftung meist mehrere Personen oder Personengruppen auf. Zwar gibt es auch unselbständige Stiftungen ohne Destinatäre - etwa wenn der Zweck der Stiftung in der Unterhaltung eines Museums oder eines Parks besteht, in der Regel werden aber mindestens drei Personen beteiligt sein: der Stifter, der Stiftungsträger und der (die) Destinatär(e). Oft kommt noch eine vierte Person ins Spiel, die mit einem altüberlieferten Ausdruck als Kollator bezeichnet wird. Es handelt sich dabei meist um eine Person, die in dem Lebensbereich, in dem sich die Stiftung betätigt, sachverständig ist. Dem Kollator obliegt es, die Destinatäre auszuwählen und (oder) Art und Höhe der Stiftungsleistungen zu bestimmen. Die Vielzahl der beteiligten Personen hat zur Folge, daß sich die Anzahl der möglichen Rechtsbeziehungen erhöht. Die Abgrenzung und damit Bildung des Begriffs unselbständige Stiftung kann nun in einer nur

1) Liermann verspricht sich von einer Ausgestaltung der Bestimmungen über die Schenkung unter Auflage, über Vermächtnisse unter einer Auflage und über erbrechtliche Auflagen im besonderen eine Belebung der unselbständigen Stiftung (Diskussionsbeitrag zum 44. Deutschen Juristentag, S. G 60).

der unselbständigen Stiftung eigenen Besonderheit dieser Rechtsbeziehungen versucht werden, die sie von den Beziehungen auf Grund der bisher dargestellten Zuwendungsgeschäfte unterscheidet. In der Tat ist das auch geschehen.

a) Abwandlung des Zuwendungsgeschäfts, zum Teil durch Zufügung eines zusätzlichen Merkmals

Was zunächst das Verhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger betrifft, so wurden verschiedene Kriterien der Abgrenzung aufzustellen versucht.

α) Im Verhältnis Stifter - Stiftungsträger

Im Gegensatz zur Auflagenschenkung und zur Treuhand soll es das Merkmal der unselbständigen Stiftung sein, daß ihre Existenz zeitlich nicht begrenzt ist. Eine Schenkung unter Zweckbestimmung dient nach Haymann[1] dann der Errichtung einer fiduziarischen Stiftung, wenn es sich um eine dauernde Aufgabe handelt, deren Erfüllung das Geschenk gewidmet sein soll. Kohler[2] sah den Unterschied zwischen "fiduziarischer Stiftung" und "Verfügungen zugunsten Dritter" darin, daß letztere in der ersten Generation stehen blieben, die Stiftung dagegen auch für nachfolgende Generationen gelte. Nach Reich[3] ist es das Moment der Dauer oder besser der Kontinuität, das Repetieren der Zuwendungen aus den Erträgnissen des Stiftungskapitals, das die Stiftung von den einmaligen, sich sofort konsumierenden Zuwendungen an eine Vielheit unbestimmter Destinatäre unterscheidet. Ebersbach[4] weist darauf hin, daß in der Wissenschaft solche Vermögensbestände, die einer natürlichen oder juristischen Person unter der Auflage zugewendet seien, einem bestimmten Zweck dauernd zu dienen, übereinstimmend als unselbständige Stiftungen des bürgerlichen Rechts anerkannt würden.

---

1) S.26.
2) ArchBürgR 3/292.
3) S.7.
4) S. 43/44.

Das Merkmal der unbegrenzten Dauer des Rechtsverhältnisses ist als Abgrenzungskriterium gegenüber dem Treuhandgeschäft wohl geeignet. Denn die Mehrzahl der Treuhandgeschäfte weist dieses Merkmal nicht auf, das Treugut wird meist für eine verhältnismäßig kurze, jedenfalls aber bestimmte Zeit auf den Treuhänder übertragen. Eine Abgrenzung gegenüber der Auflagenschenkung ist mit dem Merkmal der unbegrenzten Dauer jedoch nicht zu erreichen, weil die Auflage ebenfalls Dauerwirkung haben kann, wie aus § 525 Abs.2 BGB zu ersehen ist, wonach bei Auflagen im öffentlichen Interesse nach dem Tode des Schenkers die zuständige Behörde Vollziehung verlangen kann. Übrigens wurde in Fall 4 (oben S.9) das zu beurteilende Rechtsverhältnis als unselbständige Stiftung qualifiziert, obwohl eine Dauerwirkung nicht vorgesehen war. Das gestiftete Gut sollte sofort und restlos verteilt werden. Auch in einem Teil der Literatur wird das Merkmal der Dauer als Abgrenzungskriterium verworfen[1], und in der Tat kann eine begriffliche Abgrenzung darauf nicht gestützt werden. Das bedeutet anderseits nicht, daß dieses Merkmal unbrauchbar wäre. Bei einer anderen Fragestellung kann es, wie später zu zeigen sein wird, u.U. wertvolle Dienste leisten.

Mit dem Merkmal der Dauer hängt ein anderes Kriterium zusammen, das zur Abgrenzung der unselbständigen Stiftung von der Auflagenschenkung verwendet wird, die Verteilung lediglich der Nutzungen des zugewendeten Gegenstandes. Bei von Ihering[2] werden sich sofort verbrauchende Zuwendungen an einen nicht abgegrenzten Kreis von Personen als "öffentliche Spenden" bezeichnet. Die Stiftung zeichne sich durch das Repetieren der Zuwendungen aus den Erträgnissen des Stiftungsguts aus. Auch Heymann[3] und Surén[4] sehen hierin das Spezifikum der unselbständigen Stiftung: Bei der unselbständigen Stiftung werde der Stock des Vermögens nicht angetastet, vielmehr würden nur die Nutzungen zur Verwirklichung des Stiftungszwecks verwendet, während bei der Auflagenschenkung das Vermögen dem Begünstigten unmittelbar zugute komme. Sicherlich weisen die meisten unselbständigen Stiftungen dieses Merkmal auf. Eine abweichende Art der Gestaltung ist aber denkbar und kommt auch praktisch

1) Hauger S.24; Gutzschebauch S.4.
2) Zweck im Recht I S.471.
3) S.89.
4) S.110.

vor, wie Fall 4 (oben S. 9) zeigt. Dauerwirkung läßt sich in der Regel nur erzielen, wenn das Vermögen der Stiftung innerhalb des sonstigen Vermögens des Stiftungsträgers gesondert gehalten und verwaltet wird. Die Pflicht, das Stiftungsvermögen vom sonstigen Vermögen des Stiftungsträgers g e t r e n n t z u h a l t e n, ist denn auch als das der unselbständigen Stiftung eigentümliche Merkmal[1] oder jedenfalls als mögliche Gestaltung[2] angesehen worden. Auch bezüglich dieses Merkmals gilt das oben Gesagte: Meist wird getrennte Verwaltung angeordnet sein, es braucht das aber nicht der Fall zu sein. In Fall 7 (oben S. 12) bestand das Stiftungsgut aus einer Hypothekenforderung gegen die Stifterin, verteilt wurden die Zinsen. Eine Verwaltung kam hier gar nicht in Betracht, die Tätigkeit des Stiftungsträgers bestand in der dem Stiftungszweck entsprechenden Verwendung der Erträge. Abgesehen davon, daß eine getrennte Vermögensverwaltung gar nicht bei jeder unselbständigen Stiftung stattfindet, wäre dieses Merkmal auch nur gegenüber der Auflagenschenkung tauglich. Zur Abgrenzung der unselbständigen Stiftung gegen die Treuhand ist es unbrauchbar, weil bei der Mehrzahl der treuhänderischen Geschäfte eine derartige Pflicht des Treuhänders bestehen wird.

Die Versuche der Abgrenzung der unselbständigen Stiftung zum "gewöhnlichen" treuhänderischen Geschäft können ebenfalls nicht überzeugen. Brauchbar ist allenfalls der Gedanke von Tuhrs[3], die Eigenart der unselbständigen Stiftung darin zu sehen, daß eine Verpflichtung des Treuhänders zur Rückgabe des Stiftungsguts n i c h t entsteht. Er meinte damit, daß der Stifter - anders als der gewöhnliche Treuhänder - das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Stiftungsträger nicht jederzeit widerrufen und das Stiftungsgut zurückfordern kann, daß also bei der unselbständigen Stiftung die Zuwendung als definitiv gedacht ist - jedenfalls solange der Vertragszweck erreicht werden kann. Gegen die Ansicht von Tuhrs kann wegen letzterer Einschränkung auch nicht die Entscheidung des RG in Fall 1 (oben S. 7) angeführt werden, in der den Erben der Stifterin ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des Stiftungsguts zugesprochen wurde. Denn dieses Rückforderungs-

1) Hellwig, System I S. 160; Boegl, S. 70: Die Stiftung bilde eine Vermögenseinheit.
2) Oertmann Vorbem. 3 vor § 80; Regelsberger, Pand. § 87 II.
3) II, 2 § 77 I (S. 186).

recht entstand gerade, weil die Erreichung des Stiftungszwecks unmöglich geworden war.

Auch nach neuerer Ansicht unterscheidet sich die unselbständige Stiftung von der gewöhnlichen Treuhand. Im Staudingerschen Kommentar[1] ist zu lesen, die unselbständige Stiftung sei ein Treuhandverhältnis von besonderer Eigenart. Art und Rechtsfolgen der treuhänderischen Bindung dürften nicht streng dem allgemeinen Treuhandrecht entnommen werden, da das nach dem Ableben des Stifters zu einer unzweckmäßigen Beschränkung des Treuhänders führen könne, heißt es im Kommentar von Soergel-Siebert[2]. Recht eingehend hat Schreuer[3] die unselbständige Stiftung untersucht. Nach seiner Ansicht hat der Stiftungsverwalter nicht bloß die Stiftung nur einmal einzurichten und in laufende Verwaltung zu nehmen, sondern sie durch alle Fährlichkeiten der Zeiten, allenfalls der Jahrhunderte, lebendig zu erhalten. Der Treuhänder sei nicht bloß Vermögensverwahrer und -verwalter, sondern ein vom Stifter eingesetztes Organ der eigengesetzlichen, vom Stifter eingesetzten Stiftung. Aber auch diese Charakterisierung der unselbständigen Stiftung ist wenig geeignet, dem Begriff einen eigenen Gehalt zu geben. Ein Organ im technischen Sinn ist der Stiftungsträger nicht[4], weil die unselbständige Stiftung keine Rechtsfähigkeit besitzt. Die von Schreuer beobachteten Züge der unselbständigen Stiftung lassen sich auch beim treuhänderischen Geschäft feststellen. Keineswegs muß es so sein, daß der Treuhänder das Treugut lediglich zu verwalten hat. Denn eine gewisse Eigengesetzlichkeit erlangt schließlich jede treuhänderische Tätigkeit.

Fassen wir das Ergebnis zusammen. In der Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger ist eine überzeugende Abgrenzung der unselbständigen Stiftung von der Auflagenschenkung und der Treuhand nicht gelungen. Die zur Abgrenzung herausgearbeiteten Merkmale sind zwar beim Großteil der mit dem Begriff unselbständige Stiftung qualifizierten Fälle anzutreffen, es gibt aber auch abweichende Gestaltungen. Bei einem Teil der Abgrenzungskriterien handelt es sich in Wahrheit um solche, mit denen z.B. die

1) Vorbem. 1 vor § 80 (Coing).
2) vor § 80 Rdnr. 6 (Siebert).
3) RG-Festschrift II S.306 ff. (326).
4) So schon Pleimes, Irrwege S.99.

Auflagenschenkung von der Treuhand abgegrenzt wird. Ein spezifischer Gehalt kommt dem Begriff unselbständige Stiftung im Verhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger nicht zu.

ß) Im Verhältnis Stiftungsträger - Destinatär

Wenn die unselbständige Stiftung im Verhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger nichts anderes als Auflagenschenkung oder Treuhand ist, so bedeutet das nicht, daß dem Begriff in anderer Beziehung nicht eine spezifische Bedeutung zukommen könnte. Der Umstand, daß in den RG-Entscheidungen zwischen unselbständiger Stiftung und dem "Zuwendungsgeschäft" unterschieden wird, kann als Hinweis darauf angesehen werden, daß die unselbständige Stiftung als Rechtsbegriff Eigenständigkeit erlangt, nachdem die Übertragung des Stiftungsguts stattgefunden hat und die unselbständige Stiftung ins Rechtsleben getreten ist. Prüfstein für die Beantwortung der Frage, ob die funktionierende unselbständige Stiftung etwas anderes ist als das Zuwendungsgeschäft, ob sie sich also in irgendeiner Weise davon löst, ist das Rechtsverhältnis, in dem die Destinatäre zu der unselbständigen Stiftung stehen. Lassen sich hier Besonderheiten gegenüber dem Zuwendungsgeschäft zeigen, so ist der Nachweis geführt, daß die unselbständige Stiftung nicht bloß Auflagenschenkung etc. ist. Bei Stiftungen sind die Destinatäre vielfach nur nach objektiven Merkmalen bestimmt. Bei den eingangs aufgeführten Sachverhalten ist diese Erscheinung in vier Fällen nachweisbar (1, 2, 5, 6, vgl. oben S.7, S.8, 10, 11). Die Unbestimmtheit der Destinatäre wurde denn auch als Kriterium der Abgrenzung von unselbständiger Stiftung und Auflagenschenkung dienstbar gemacht. Nach von Ihering[1] unterscheidet das Moment der Unbestimmtheit der Destinatäre das Stiften von der liberalen Vermögenszuwendung. Auch Hauger[2] und Reich[3] sind der Meinung, daß sich der Stiftungszweck nicht auf einen abgegrenzten Kreis von Personen beschränke, da sonst ein Vertrag zugunsten Dritter vorliege. Auch hinsichtlich dieses Abgrenzungskriteriums läßt sich einwenden, daß die unselbständige Stiftung ohne Destinatäre nicht erfaßt wird und daß auch

1) Zweck im Recht I S.470.

2) S.22 f.

3) S.7; ebenso Staudinger-Lehmann § 1940 Rdnr. 8.

Auflagenschenkung, erbrechtliche Auflage, in Grenzen auch das Vermächtnis und auf Grund der §§ 315-317 BGB die Treuhand mit einem erst bestimmungsbedürftigen Nutznießerkreis erscheinen können.

Im Verhältnis der Stiftung zu den Destinatären ist die Frage von besonderem Interesse, ob den Destinatären ein Anspruch auf Stiftungsleistungen zukommt oder nicht. In zwei Entscheidungen des RG (Fälle 5 und 6, oben S.10 und 11) wird zur Lösung dieser Frage darauf abgestellt, ob die Destinatäre Vermächtnisnehmer oder (nur) Auflagebegünstigte seien. Auch hier wird also auf das Zuwendungsgeschäft zurückgegriffen, wenn es um eine konkrete Rechtsfolge geht. Aus der Qualifikation des Rechtsverhältnisses als unselbständiger Stiftung folgt für die Frage des Anspruchs der Destinatäre nichts. Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten unselbständigen Stiftung entscheidet sich die Frage nach dem Anspruch der Destinatäre danach, ob das Zuwendungsgeschäft ein Vertrag zugunsten Dritter ist oder nicht. Sowohl Auflagenschenkung als auch die Treuhand können für einen Dritten einen Anspruch erzeugen, so daß auch insoweit der Begriff unselbständige Stiftung nichts Neues aussagt. Nur im RGR-Kommentar[1] findet sich die Bemerkung, der Gesichtspunkt der Auflage schließe nicht aus, daß den bedachten Personen nach dem Willen des Stifters ein klagbares Recht auf die Stiftungsbezüge zukommen könne. Aus der in Klammern folgenden Verweisung auf eine Anmerkung zu § 85 BGB über die entsprechende Fragestellung bei der rechtsfähigen Stiftung läßt sich schließen, daß nach Meinung des Verfassers auch bei der unselbständigen Stiftung durch Auslegung des Willens des Stifters zu entscheiden ist, ob die Destinatäre anspruchsberechtigt werden sollen oder nicht. Nach dieser Meinung könnte mithin ein derartiger Anspruch der Destinatäre auch dann entstehen, wenn das Zuwendungsgeschäft eine Erbeinsetzung unter Auflage ist. Offen bleibt allerdings, wie dieser Anspruch dogmatisch zu rechtfertigen wäre. Abgesehen von der Begriffsbildung nach der zuletzt angeführten Meinung löst der Begriff der unselbständigen Stiftung auch in der Rechtsbeziehung zwischen Stiftungsträger und Destinatär spezifische Rechtsfolgen nicht aus. Es wäre auch widersprüchlich, wenn man sagte, daß die unselbständige Stiftung vom Zuwendungsgeschäft abhängig bleibe (z.B. für die Frage des Rückforderungsrechtes des Stifters), anderseits in der Frage des Anspruchs der Destinatäre über die Möglichkeiten hinaus-

1) RGRK-Denecke Anm.2 zu § 80.

ginge, die das Schuld- und Erbrecht bietet (Vertrag zugunsten Dritter, Vermächtnis und Auflage).

γ) Im Hinblick auf das Auftreten eines Kollators neben dem Stiftungsträger

Zu erwägen ist schließlich, ob das Auftreten eines Kollators einen Ansatzpunkt bietet für die Bildung des Begriffes der unselbständigen Stiftung. Treten Kollatoren neben dem Stiftungsträger auf, so ist damit eine gewisse Organisation geschaffen. Eine Willensbildung findet in mehr oder weniger ausgeprägter Form statt.

Der Gedanke, den Gesichtspunkt der Organisation als Wesensmerkmal der unselbständigen Stiftung anzusehen, taucht schon bei Reich[1] auf. Die unselbständige Stiftung habe mit der rechtsfähigen Stiftung gemeinsam die Organisation, den sozialen Organismus mit einem ihn individualisierenden Daseinszweck und ein diesem dienendes Vermögen. Nun ist eine derartige Organisation nicht in allen Fällen zu beobachten (ohne "Organisation": Fälle 7, 8, 10, oben S.12, 13, 14). Zum anderen gibt der Gesichtspunkt der Organisation nichts her, solange man von dem Grundsatz ausgeht, daß die unselbständige Stiftung in Abhängigkeit vom Zuwendungsgeschäft verbleibt. Der Kollator hat dann die Rechtsstellung eines "Dritten", der die Leistung zu bestimmen hat (§§ 317-319 BGB). Die Rechtsbeziehung zum Stifter hin ist in der Regel ein Auftragsverhältnis, möglicherweise auch ein Geschäftsbesorgungsvertrag. Zwischen Destinatär und Kollator entstehen keine Rechtsbeziehungen, ebensowenig zwischen Stiftungsträger und Kollator. Die "Organisation" ist mithin nichts weiter als die Gestaltung eines Falles, wie sie in §§ 317-319 BGB vorausgesetzt ist.

---

1) S.100.

b) Die unselbständige Stiftung als gegenseitiger oder nichtgegenseitiger Innominatkontrakt

Im Gegensatz zur h.M. ist in der Literatur gelegentlich versucht worden, die unselbständige Stiftung nicht als eine Auflagenschenkung etc. anzusehen, sondern sie als Innominatkontrakt zu qualifizieren und daraus die Möglichkeit herzuleiten, spezifische Rechtsfolgen zu begründen. So bezeichnete Danckwerth[1] das Stiftungsgeschäft als einen dem Schenkungsgeschäft ähnlichen Innominatkontrakt[2]; nach Hellwig[3] handelt es sich bei der unselbständigen Stiftung um eine Zuwendung mit Zwecksatzung. Auch Nottarp[4] kommt bei Erörterung des Wesens des Errichtungsgeschäfts zu dem Ergebnis, daß jedenfalls in der Neuzeit der Innominatkontrakt mit Vorleistungspflicht des Stifters die regelmäßige Erscheinungsform der unselbständigen Stiftung sei. Allerdings seien auch unselbständige Stiftungen in der Rechtsform des fiduziarischen Auftrags anzutreffen[5]; bei diesen sei jedoch wegen der Widerrufsmöglichkeit nach § 671 BGB eine Sicherheit für den Bestand der Stiftung nicht gegeben. Für die in Form des Innominatkontrakts errichteten unselbständigen Stiftungen bestehe dagegen dieses Widerrufsrecht nicht[6]. Die Leistung des Stifters (die Übertragung des Stiftungsguts, Verf.) sei hier nicht anders zu beurteilen als der ein für allemal im voraus bezahlte oder kapitalisierte Werklohn bzw. Kaufpreis beim Sukzessivlieferungsgeschäft oder sonstigen auf längere Dauer berechneten Vertragsverhältnissen; der Stiftungsträger sei dabei der Unternehmer des Werks[7]. Auch Liebisch[8] kommt zu dem Ergebnis, daß der Stiftungsvertrag unter keinen der gesetzlich geregelten Vertragstypen passe und als Vertrag eigener Art anzusehen sei. Der Stifter wolle einen

---

1) S.53.
2) Ohne Rückforderungsrecht des Stifters: "Das Entäußerungsgeschäft des Stifters ist ein definitives" (S.71).
3) Verträge auf Leistung an Dritte S.236 Anm.455.
4) Festschrift für Zitelmann S.388.
5) a.a.O., S.383.
6) S.388.
7) S.383.
8) S.106 Anm.9.

Teil seines Vermögens zugunsten Dritter durch eine andere Person, den Treuhänder, verwalten und verwerten lassen. Konsequenzen aus der Qualifizierung der unselbständigen Stiftung als Innominatkontrakt werden, abgesehen von der Bindung des Stifters bei Nottarp, nicht gezogen. Es wird auch immer schwer halten, die Grenze zwischen der unselbständigen Stiftung als Vertrag sui generis und der Auflagenschenkung oder der Treuhand aufrechtzuerhalten. Im übrigen ist es sehr fraglich, ob man im Rechtsleben unselbständige Stiftungen antreffen wird, bei denen der Stiftungsträger als Werkunternehmer angesehen werden muß. Zwar wird diese Art schon bei Regelsberger[1] als eine der beiden möglichen Formen der unselbständigen Stiftung aufgeführt, in der Rechtsprechung konnte aber trotz eingehender Nachforschung kein derartiger Fall aufgespürt werden. Das Risiko für den Stiftungsträger, die zugesagten Stiftungsleistungen weiter erbringen zu müssen, obwohl das Stiftungsgut (z.B. durch Inflation) unzulänglich geworden ist und vom Stifter Nachschüsse nicht verlangt werden können, wäre auch außerordentlich groß[2]. Auch Nottarp will den Stiftungsträger nur ausnahmsweise dieses Risiko tragen lassen, in dem (wohl mehr theoretischen, Verf.) Fall nämlich, daß dem Stiftungsvertrag ein gewisses spekulatives Element innewohnt[3], während er im Normalfall im Ergebnis zu einer Beschränkung der Leistungspflicht gelangt. Im ganzen können auch die Versuche nicht überzeugen, der unselbständigen Stiftung mit der Qualifikation als Vertrag sui generis einen eigenen Begriffsinhalt zu geben.

2. Begriffsbildung im Bereich der dinglichen Rechtsbeziehungen

Für die Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen sagt der Be-

1) Pand. § 87 II (S.342).

2) Matthiaß (§ 35 I, 1) hielt eine Gestaltung der unselbständigen Stiftung für möglich, bei der der Stiftungsträger u.U. auch eigenes Vermögen einsetzen muß.

3) S.396.

4) v. Tuhr I S.596.

griff der unselbständigen Stiftung nichts Neues gegenüber dem Zuwendungsgeschäft aus. Es bleibt zu untersuchen, ob er für die Rechtsbeziehung zwischen dem Stiftungsgut und den beteiligten Personen, also vor allem dem Stiftungsträger, eine spezifische Bedeutung hat. Anschließend ist auch die Frage zu erörtern, ob der unselbständigen Stiftung im Verhältnis zu Gläubigern des Stifters und des Stiftungsträgers eine eigene Bedeutung zukommt.

Der Aspekt der Rechtsbeziehung des Stiftungsträgers zum Stiftungsgut wurde im 19. Jahrhundert völlig vernachlässigt. Das war vom Standpunkt, daß die unselbständige Stiftung Auflagenschenkung bzw. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) unter Auflage war, nur konsequent. Am Eigentum bzw. der Vollrechtsstellung des Stiftungsträgers konnte kein Zweifel bestehen[1]. Das Stiftungsgut verschmolz mit dessen sonstigem Vermögen. Zweifel an der unbeschränkten Vollrechtsstellung konnten in den Fällen entstehen, wo getrennte Verwaltung des übertragenen Gegenstandes angeordnet war. Hier wurde anerkannt[2], daß das Stiftungsgut dann ein Sondervermögen bildete, was bedeutete, daß es für Schulden des Stiftungsträgers - zu ergänzen ist wohl: soweit sie aus stiftungsfremden Erklärungen und Handlungen resultierten - nicht haftete. Der Stiftungsträger hat mithin in dieser Beziehung eine gegenüber dem Vollrechtsinhaber geminderte Rechtsstellung (hierzu unten S. 60 ff.).

Auch die positive Seite der dinglichen Rechtsstellung des Stiftungsträgers, d.h. seine eigentumsartige Bestimmungsmacht, wurde seit Anfang dieses Jahrhunderts kritischer betrachtet. Nach Schultze[3] wird dem Stiftungsträger das gestiftete Gut nur unter einer auflösenden Bedingung übertragen. Rückfall soll eintreten, wenn das Gut später infolge einer äußeren Notwendigkeit oder einer Willkürhandlung des Treuhänders dem Zweck entfremdet wird. Die dingliche Rechtsstellung wird hier (mit Hilfe einer Bedingung) der causa entsprechend gestaltet. Zu beachten ist aber, daß es sich dabei auch um eine auch dem fiduziarischen Geschäft eigene Gestaltung handelt.

---

1) v. Tuhr I S. 596.

2) Regelsberger, Pand. § 87 II; Kohler, ArchBürgR 3/282.

3) IherJb 43/34; ebenso Danckwerth S. 81.

Bei Nord[1] ist der Stiftungsträger (wie alle Treuhänder) nicht Eigentümer, sondern nur Verwalter, gewissermaßen ein Testamentsvollstrecker unter Lebenden. Rhode[2] bemerkt, daß der wirtschaftliche Erfolg der Stiftung annähernd auch durch wirkliche Übertragung des Rechts am Stiftungsgut auf einen Dritten unter gleichzeitiger Zweckbindung erreicht werden könne. Unter Zweckbindung ist nach Rhode[3] eine dingliche Rechtsbeschränkung zu verstehen, bei der das Recht in seiner Gesamtheit dem Rechtsträger verbleibt und bei der trotzdem seine freie Verfügungsmacht eine Einschränkung erleidet: Der Rechtsträger könne über das ihm verbleibende Recht in allen seinen Befugnissen nur noch zu einem bestimmten, objektiv feststellbaren Zweck verfügen, während Verfügungen zu anderen Zwecken auch Dritten gegenüber - außer falls diese gutgläubig seien[4] - nicht wirksam vorgenommen werden könnten. Nach Pleimes[5] verdient die dingliche Rechtsposition des Stiftungsträgers nur ausnahmsweise die Bezeichnung Eigentum. Meist handele es sich um die formale Umschreibung einer viel beschränkteren Zuständigkeit. Die sonst im Eigentum enthaltenen Befugnisse seien bei der Stiftung vielfach aufgespalten und auf mehrere Personen verteilt. So sei bei der Senckenberg-Stiftung zu Frankfurt/M. der Eigentümer des Hauptgeldes das Städtische Rechneiamt, das jedoch nur die Befugnis habe, das Kapital zu verwalten und anzulegen[6]. Die Verwertung der Erträge liege in der Hand des Collegium Physicum, während die Aufsicht über die gesamte Verwaltung einem Dreierausschuß zustehe, der sich aus den Inhabern der drei höchsten Stellen der Stadtverwaltung zusammensetze. Daneben habe der Senckenbergische Familienälteste einen begrenzten Einfluß auf die Willensbildung und sei nur zu diesem Zweck unter ausdrücklicher Beschränkung auf diese Befugnis zum Erben eingesetzt. Nutznießer der Stiftung sei teilweise das Collegium Physicum selbst, teilweise seien es die Stipendiaten, die Kranken in den zu errichtenden Krankenhäusern oder die Benutzer der Bibliothek; in gewissem Umfang diene die Stiftung allgemeinen wissenschaftlichen Zwecken wie der Errichtung wissenschaftlicher Institute.

1) S.45.
2) S.157.
3) a.a.O. S.74.
4) a.a.O. S.121.
5) Rechtsproblematik S.26.
6) Rechtsproblematik S.24.

Auch Ebersbach[1] ist der Meinung, daß dem Stiftungsträger die Vollrechtsstellung nicht zukomme. Während bei der Auflagenschenkung die Zuwendung in das Eigentum des Empfängers übergehe, sei das bei der Stiftung, und zwar bei der unselbständigen ebenso wie bei der selbständigen, niemals der Fall.

Die Versuche, die unselbständige Stiftung unter dem Aspekt der dinglichen Rechtsstellung des Stiftungsträgers von der Auflagenschenkung, dem Treuhandgeschäft oder auch von den Zuwendungsgeschäften von Todes wegen abzugrenzen, können nicht überzeugen. Es muß auch bezweifelt werden, ob sie überhaupt zum Erfolg führen können. Die Treuhändereigenschaft ist nicht im Grundbuch eintragbar[2], und es ist auch nicht zu vermeiden, daß der Stiftungsträger den Besitz an beweglichen Sachen bekommt und behält. Der Erwerb von Stiftungsgut durch Dritte kraft guten Glaubens läßt sich, da er an die Grundbucheintragung bzw. den Besitz anknüpft, nicht verhindern. Anderseits ist nicht von der Hand zu weisen, daß eine gewisse Sicherung der Zweckbindung des Stiftungsguts durch Verteilung der im Eigentum vereinigten Befugnisse auf mehrere Personen erreicht werden kann. Allerdings ist dabei ein ausgeklügeltes System erforderlich, das die große Mehrzahl der unselbständigen Stiftungen nicht aufweisen wird. In der Regel verläßt sich nämlich der Stifter auf die Redlichkeit der als Stiftungsträger in Aussicht genommenen Person.

Unter dem Aspekt der dinglichen Rechtsstellung des Stiftungsträgers ist, wie die vorstehenden Erörterungen gezeigt haben, mit dem Begriff der unselbständigen Stiftung über die beim Treuhandgeschäft entstehenden Beschränkungen der Verfügungsmacht nicht hinauszukommen.

---

1) S.45.

2) KG HRR 1934 Nr.375.

3. Die unselbständige Stiftung - ein Begriff mit besonderen Rechtsfolgen im Bereich der Schuldenhaftung?

Ähnlich verhält es sich, wie sogleich zu zeigen ist, in der Frage der Haftung des Stiftungsguts. Hier ist zunächst auseinanderzusetzen, welche Fälle der Haftung vorkommen können, sodann die Frage zu erörtern, ob mit dem Begriff der unselbständigen Stiftung eigene Rechtsfolgen verknüpft sind.

Da das Stiftungsgut in das Eigentum des Stiftungsträgers gelangt, ist es zunächst dem Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt. Ist die Forderung gegen den Stiftungsträger aus einer nicht auf die Stiftung bezogenen Erklärung oder Handlung entstanden, so haftet aber das Stiftungsgut im Ergebnis nicht[1]. Diese Rechtsfolge tritt allerdings auch schon bei der Treuhand ein. Der Treugeber kann, obwohl der Treuhänder Eigentümer ist, die Drittwiderspruchsklage erheben bzw. im Konkurse aussondern. Insoweit ist die unselbständige Stiftung nichts anderes als eine Treuhand. Wurde die Schuld aber durch eine Erklärung oder Handlung begründet, die in Beziehung zur Stiftung stand, so kann die Befriedigung des Gläubigers aus dem Stiftungsgut nicht verhindert werden.

Eine andere Frage ist, ob das sonstige Vermögen des Stiftungsträgers für Schulden haftet, die bei Verwaltung der Stiftung entstanden sind. Grundsätzlich ist bekanntlich das gesamte Vermögen des Schuldners dem Zugriff des Gläubigers unterworfen. Eine Beschränkung der Haftung auf einen Vermögensteil tritt nur in einzelnen Fällen ein. Bei der Auflagenschenkung findet eine derartige Haftungsbeschränkung nicht statt. Auch bei der Treuhand kann der Treuhänder den Zugriff der Gläubiger aus der Treuhandtätigkeit auf sein sonstiges Vermögen grundsätzlich nicht abwehren. Kein Problem entsteht, wenn die Haftung rechtsgeschäftlich auf das Treugut beschränkt wurde. Eine derartige Vereinbarung wird allgemein für zuläs-

1) Regelsberger, Pand. § 87 II; h.M., Staudinger-Coing Rdnr. 1 vor § 80; RGRK-Denecke Anm. 2 zu § 80; RG 105/305 ff. (307).

sig erachtet[1]. Liegt eine derartige Haftungsbeschränkung nicht vor, so kann der Treuhänder die Inanspruchnahme seines sonstigen Vermögens nicht verhindern[2]. Bei den erbrechtlichen Zuwendungsgeschäften für eine unselbständige Stiftung muß ebenfalls eine rechtsgeschäftliche Haftungsbeschränkung stattfinden, wenn der Zugriff des Gläubigers auf das sonstige Vermögen soll abgewendet werden können. Denn die Möglichkeit, die Erfüllung des Vermächtnisses (der Auflage) zu verweigern, wenn der empfangene Gegenstand erschöpft ist (§ 2187 BGB), bietet dem Schuldner Hilfe nur gegen den Vermächtnisnehmer (Vollziehungsberechtigten).

Bei der unselbständigen Stiftung nun soll sich die Haftung des Stiftungsträgers, falls ihn kein Verschulden treffe, auf die Mittel des Sondervermögens beschränken[3]. Diese Rechtsfolge soll offenbar an die Qualifizierung eines Sachverhalts als unselbständige Stiftung anknüpfen, m.a.W. es soll einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung nicht bedürfen, um eine Haftungsbeschränkung zu erzielen. Allerdings ist wohl auch nach dieser Ansicht zu fordern, daß der Stiftungsträger für den Dritten erkennbar mit Beziehung auf die unselbständige Stiftung gehandelt hat. Aber auch mit dieser Einschränkung vermag die Ansicht, bei der unselbständigen Stiftung finde eine Haftungsbeschränkung auf das Stiftungsgut statt, nicht zu überzeugen. Zunächst ist zu bemerken, daß es in der RG-Entscheidung[4], die im RGRK als Beleg für die genannte Ansicht angeführt wird, gar nicht um eine unselbständige Stiftung ging. Vielmehr handelte es sich um eine rechtsfähige Stiftung, die zwei Unternehmungen führte, die "Optischen Werkstätten" unter der Firma Carl Z. und die "Glashütte" unter der Firma Sch. & Gen. Mit der Firma

---

1) v. Tuhr I, S. 327; Rosenberg § 180 III 1b. Die Rechtsprechung zur Haftung der Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins beruht bekanntlich auf der Annahme, daß die Haftung der Mitglieder für "Vereinsschulden" (stillschweigend) auf das Vereinsvermögen beschränkt sei.

2) Das gilt jedenfalls für die rechtsgeschäftlich begründete Treuhand. Anders mag es in Fällen gesetzlicher Treuhandschaft sein.

3) RG 105/305 ff. (307); RGRK-Denecke Anm. 2 zu § 80.

4) JW 1929/3056.

Carl Z. hatte der Kläger einen (Lizenz-) Vertrag geschlossen, in dem er seiner Vertragsparnerin gegen Beteiligung am Verkaufserlös Einzelheiten des Verfahrens zur Herstellung von Hohlspiegelbeleuchtungskörpern überließ. Als das zweite Unternehmen der Stiftung ebenfalls, und zwar nach eigenem Verfahren, derartige Gegenstände auf den Markt brachte, verlangte der Kläger Beteiligung auch an dem Produktionsergebnis dieser Firma. Seine Forderung stützte er auf den Vertrag mit der Firma Carl Z., aber auch darauf, daß das Verhalten der Gegner die Merkmale einer unerlaubten Handlung und des unerlaubten Wettbewerbs erfülle. Die beiden beklagten Firmen beriefen sich darauf, daß sie nach der Satzung der Carl Z.-Stiftung völlig voneinander unabhängig seien und der Vertrag mit dem Kläger nur die Firma Carl Z. angehe. Das RG verurteilte die Stiftung zur Rechnungslegung. Seine Ansicht, daß der Kläger Beteiligung auch am Produktionsergebnis der Firma Sch. & Gen. beanspruchen könne, begründete es wie folgt: Partner des Lizenzvertrages seien der Kläger und die beiden Firmen übergeordnete rechtsfähige Stiftung. Berechtigt und verpflichtet aus diesem Vertrage sei deshalb nur die Stiftung. Eine - vom Berufungsgericht angenommene - rechtsgeschäftliche Beschränkung der Vertragswirkungen auf die Firma Carl Z. sei zwar grundsätzlich möglich, hier jedoch im Ergebnis nicht gegeben. Die Parteien seien bei Vertragsschluß davon ausgegangen, daß Hohlspiegelbeleuchtungskörper innerhalb der Stiftungsbetriebe nur bei Carl Z. hergestellt werden sollten. Nachdem nun wider beiderseitiges Erwarten auch die Firma Sch. & Gen. zur Herstellung von Hohlspiegelbeleuchtungskörpern übergegangen sei, müsse der nach Treu und Glauben gedeutete Vertrag so verstanden und angewandt werden, als bestimme er, daß der Kläger Lizenz von allen Hohlspiegelbeleuchtungskörpern zu beanspruchen habe, die im gesamten Betriebe der Carl Z. Stiftung, d.h. bei Carl Z. und Sch. & Gen. hergestellt und umgesetzt würden. Diese Vertragsauslegung entspreche den Anforderungen redlicher Verkehrssitte (§ 157 BGB). Wenn sich, wie hier, eine zur Vertragsgrundlage gehörige Erwartung in bezug auf wesentliche Umstände nachträglich nicht bestätige, obwohl deren zuverlässige Kenntnis dem Vertreter des einen Vertragsteils zuzutrauen gewesen sei, dann verstieße es gegen Treu und Glauben, die Folgen zum Schaden des Gegners gereichen zu lassen, den Vorteil aber gerade der Partei zuzuwenden, deren Betrieb durch unerwarteten Zwiespalt die Vertragsberechnung durchkreuzt habe.

Die angeführte RG-Entscheidung ist mithin nicht geeignet, die These zu stützen, der Träger des Stiftungsvermögens hafte nicht mit seinem sonstigen Vermögen für die bei Verwaltung der Stiftung eingegangenen Schulden. Zunächst darf wiederholt werden, daß es sich in dem entschiedenen Fall nicht um eine unselbständige Stiftung handelte, sondern um zwei einzelne Unternehmen einer rechtsfähigen Stiftung. Ob man aber eine unselbständige Stiftung mit einem Zweigbetrieb eines Unternehmens - wenn auch nur in dieser Beziehung - gleichsetzen darf, erscheint sehr zweifelhaft. Denn bei den beiden Betrieben der Carl Z.-Stiftung handelte es sich um Unternehmen, die wirtschaftlich völlig selbständig waren, jeweils eine eigene Geschäftsführung hatten und einen besonderen Firmennamen führten[1]. Von diesen Merkmalen kann die unselbständige Stiftung - wenn überhaupt - nur die beiden zuerst genannten aufweisen, die Möglichkeit zu firmieren ist ihr verschlossen. Gerade das letztgenannte Merkmal, die Führung einer eigenen Firma, ist aber, wie sich aus dem Urteil ergibt, entscheidend gewesen. Um eine Beschränkung der Vertragswirkungen annehmen zu können, sollte es danach nämlich ausreichend sein, wenn der Vertreter (der Stiftung, Verf.) durch Führung des Firmennamens Carl Z. zum Ausdruck brachte, daß er bloß über diejenigen Rechte verfügen wollte, die in den Bereich des unter jenem Handelsnamen geführten Gewerbes fielen.

Die These, das übrige Vermögen hafte nicht für Schulden, die bei Verwaltung der unselbständigen Stiftung entstanden sind, wird allerdings auch in RG 105/305 (Fall 1 S. 7), allerdings mehr beiläufig, aufgestellt. Die Verpflichtung, das Stiftungsgut als Sondervermögen vom übrigen Vermögen des Treuhänders getrennt zu halten, - so heißt es dort - sei nur dafür von Bedeutung, daß das Vermögen nicht durch Zugriff von Privatgläubigern des Treuhänders oder durch Hereinziehung in die Konkursmasse des Treuhänders seinem Zweck entfremdet werden dürfe und daß die Haftung des Treuhänders, falls kein Verschulden vorliege, sich auf den Bestand des Sondervermögens beschränkte.

Auch diese Entscheidung ist nicht als Beleg für die Ansicht geeignet, bei der unselbständigen Stiftung komme es zu einer Haftungsbeschränkung auf das Stiftungsgut, da die Ausführungen des RG insoweit nicht mehr als

---

1) Wegen der Einzelheiten vgl. RG JW 1929 S. 3056 ff.

obiter dicta sein dürften. Die genannte Ansicht wäre jedoch selbst dann nicht zu halten, wenn sie sich auf die erwähnte Entscheidung des RG berufen könnte. Begründen ließe sie sich wohl nur durch Annahme einer stillschweigenden (rechtsgeschäftlichen) Haftungsbeschränkung, wie das beim nichtrechtsfähigen Verein geschehen ist, und zwar hier sicher zu Recht. Denn beim nichtrechtsfähigen Verein erwarten Dritte, die mit dem Verein kontrahieren, in der Regel nicht, daß die Mitglieder des Vereins auch mit ihrem Privatvermögen haften. Einen Mitgliederkreis gibt es bei der unselbständigen Stiftung jedoch nicht; der Gläubiger kann sich nur an den Stiftungsträger halten, also die Person, mit der er kontrahiert hat. Sucht man dazu die Parallele im Vereinsrecht, so stellt sich heraus, daß die Person, die für den Verein kontrahiert hat, gemäß § 54 BGB persönlich, d.h. über ihren Anteil am Vereinsvermögen hinaus mit dem sonstigen Vermögen haftet. Ein stillschweigender Haftungsausschluß hinsichtlich des sonstigen Vermögens wird hier als dem Gesetzeszweck widersprechend überwiegend abgelehnt[1]. Angesichts dieser verhältnismäßig strengen Durchführung des Grundsatzes, daß die Person mit ihrem ganzen Vermögen haftet, erscheint es bedenklich, bei der unselbständigen Stiftung eine Haftungsbeschränkung durch stillschweigende Vereinbarung eintreten zu lassen. Andererseits ist bei der unselbständigen Stiftung - jedenfalls bei der kapitalstarken und in der Verwaltung verselbständigten - die Tendenz zur haftungsrechtlichen Verselbständigung unverkennbar. Für eine Abgrenzung des Begriffs der unselbständigen Stiftung gegenüber den Zuwendungsgeschäften reichen diese Ansätze jedoch nicht aus, weil sie auch bei vielen Treuhandgeschäften zu beobachten sind, wie nicht zuletzt aus der Rechtsprechung zum Aussonderungsrecht des Treugebers erkennbar wird.

Das soeben erzielte Ergebnis wird auch nicht durch die - z.B. in dem mehrfach erwähnten Urteil des RG 105/305 ff. (Fall 1 S. 7) anzutreffende - Qualifikation des Stiftungsguts als ein Sondervermögen innerhalb des Vermögens des Stiftungsträgers in Frage gestellt. Denn spezifische Rechtsfolgen sind an diese Qualifikation nicht geknüpft. Vielmehr muß in jedem Fall der Inhalt des Begriffs Sondervermögen besonders ermittelt werden.[2]

1) RG JW 1937/392; Palandt-Danckelmann § 54 Anm. 2, A e; a.A. Denecke JR 1951/742 (743).

2) Enneccerus-Nipperdey I § 132 II.

Zuletzt ist noch die Frage zu erörtern, ob das Stiftungsgut für Schulden des Stifters haftet. Bei der Auflagenschenkung ist ein direkter Zugriff der Gläubiger des Schenkers nicht möglich. Dem Gläubiger steht allenfalls die Möglichkeit der Anfechtung offen (§ 3 Abs.1 Ziff.3 AnfG, § 32 Ziff. 1 KO). Bei der Treuhand ist das Treugut wirtschaftlich nicht aus dem Vermögen des Treugebers ausgeschieden und kommt als Befriedigungsobjekt für Gläubiger des Treugebers in Frage. Der Gläubiger kann den Rückgabeanspruch des Treugebers pfänden und sich überweisen lassen oder, sofern sich das Treugut beim Treugeber befindet, unmittelbar dieses pfänden. Die Drittwiderspruchsklage des Treuhänders braucht er in diesem Fall nicht zu fürchten [1]: Dem Treuhänder steht nur formales, nicht wirtschaftliches Eigentum zu.

Wird die unselbständige Stiftung durch Verfügung von Todes wegen errichtet, so ist das Stiftungsgut dem Zugriff der Gläubiger des Stifters (Erblassers) nicht völlig entzogen. Ist der Stiftungsträger zum Erben eingesetzt, so ergibt sich die Zugriffsmöglichkeit schon aus dem Grundsatz, daß der Nachlaß für die Schulden des Erblassers haftet. Auflagen und Vermächtnisse haben zurückzustehen [2]. Wurde dem Stiftungsträger das Stiftungsgut durch Vermächtnis zugewendet, so ist die Inanspruchnahme durch unmittelbaren Vollstreckungszugriff nicht möglich. Der Gläubiger kann den Erwerb des Vermächtnisnehmers anfechten: wenn Nachlaßkonkurs eröffnet wurde, nach §§ 222, 32 Nr.1 KO, sonst gemäß § 3a AnfG.

Bei allen Zuwendungsgeschäften ist das Gut beim Empfänger der Zuwendung vor einer Inanspruchnahme durch Gläubiger des Stifters nicht sicher.

Dem Begriff der unselbständigen Stiftung kommt auch in dieser Beziehung gegenüber dem Zuwendungsgeschäft keine eigene Bedeutung zu. Neuerdings erwägt aber Ballerstedt [3], de lege ferenda, nach Einrichtung eines Stiftungsregisters, mit Rücksicht auf den im Interesse des Gemeinwohls liegenden Zweck den Gläubigern des Gebers oder seiner Erben den Zugriff auf den fiduziarisch gebundenen Vermögensgegenstand zu verwehren, wenn der Geber auf die Kündigung des Treuhandverhältnisses verzichtet, die Zuwen-

1) BGH 11, 37 ff. (42).
2) §§ 1990, 1991 Abs.4 BGB, § 226 KO.
3) S.52.

dung des Treuguts unwiderruflich vollzogen hat und die Stiftung im Stiftungsregister eingetragen ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß abgesehen von gewissen Ansätzen zur Bildung einer vermögensmäßigen (vor allem haftungsrechtlichen) Selbständigkeit an den Begriff der unselbständigen Stiftung auch unter dem Aspekt der Rechtsbeziehungen zu dritten Personen spezifische, von den bei den Zuwendungsgeschäften auftretenden abweichende Rechtsfolgen nicht geknüpft sind.

Der Begriff der unselbständigen Stiftung ist, so wie er zur Zeit gebraucht wird, im Privatrecht ziemlich überflüssig. Von diesem Standpunkt aus ist es nur konsequent, wenn Bühler[1] bemerkt, daß die unselbständigen Stiftungen mit dem Stiftungsbegriffe eigentlich nichts mehr gemein hätten.

Zu einer Eliminierung des Begriffs der unselbständigen Stiftung würde auch die konsequente Anwendung der Ansicht Kohlers[2] führen, daß auch der unselbständigen Stiftung Rechtsfähigkeit zukomme, da die Person des Stiftungsträgers sich in zwei Persönlichkeiten und damit zwei Rechtssubjekte spalte. Denn danach handelte es sich bei der unselbständigen Stiftung um nichts anderes als eine rechtsfähige Stiftung, die der gesetzlichen Regelung der §§ 80 ff BGB unterfiele, eine Konsequenz, die Kohler allerdings selbst nicht zieht und wohl auch kaum gezogen hätte, da er sonst diese Frage gewiß eingehender erörtert hätte. Denn die Lösung, die unselbständige Stiftung zum Rechtssubjekt zu erheben, hätte in direktem Gegensatz zu seiner früher geäußerten Ansicht gestanden, bei der fiduziarischen Stiftung würde eine besondere juristische Persönlichkeit nicht kreiert[3]. Der genannten Ansicht Kohlers braucht deshalb nicht weiter nachgegangen zu werden, zumal sie auch, soweit ersichtlich, keine Anhänger gefunden hat.

---

1) S.237.

2) Lehrbuch I, §§ 100 II b (S.265 f.) und 180 III (S.412).

3) ArchBürgR 3/268.

4. Kapitel: Abweichende Begriffsbildungen und Bedeutung der unselbständigen Stiftung im Steuerrecht

I. Die unselbständige Stiftung als Sammelbegriff für privatrechtliche Stiftungen, die nicht in der in §§ 80 ff. BGB aufgestellten Form begründet wurden

Während nach der eben dargestellten Begriffsbildung von einer unselbständigen Stiftung nur gesprochen werden kann, wenn sie durch Zuwendung des Stiftungsguts an eine andere bestehende Person errichtet wurde, umfaßt nach anderer Ansicht die unselbständige Stiftung auch Gestaltungen, die in den Zuwendungsgeschäften nicht erschöpfend beschrieben werden oder bei denen ein derartiges Zuwendungsgeschäft nicht anzutreffen ist. Zu denken ist hier etwa an Fälle, wo eine GmbH. oder ein rechtsfähiger Verein zur Verwirklichung des Stiftungszwecks gegründet wird. Ballerstedt[1] ist der Ansicht, daß in den angeführten Beispielsfällen eine Ersatzform der rechtsfähigen Stiftung vorliege, die zum Bereich der unselbständigen Stiftungen gehören könne. Die fiduziarische Stiftung sei nämlich nur eine, nicht die einzige Erscheinungsform der unselbständigen Stiftung. Auch das OLG Stuttgart[2] gebraucht den Begriff der unselbständigen Stiftung in einem Fall, wo eine GmbH. zur Verwirklichung des Stiftungszwecks gegründet, der Fiduziar also erst geschaffen wurde. Strickrodt[3] erwägt im Anschluß an die eben zitierte Entscheidung, bei einem Sachverhalt wie dem geschilderten "von einem speziellgestalteten Verhältnis zwischen einer rechtlich unselbständigen Stiftung und ihrem Fiduziar bzw. ihren Fiduziaren in der Person des Vereins bzw. der Vereinsmitglieder" zu sprechen.

Ob die eben erwähnte Ausweitung des Begriffs der unselbständigen Stiftung empfehlenswert ist, kann mit gutem Grund bezweifelt werden. Als Bezeichnung der Stiftungssachverhalte, die nicht unter den Begriff der rechtsfähigen Stiftung fallen, umfaßt er so verschiedenartige Gestaltungen, daß er praktisch keine Aussagekraft mehr besitzt. Aber auch eine Verwendung des Begriffs der unselbständigen Stiftung für Sachverhalte, bei denen eine

1) S.7.

2) NJW 1964 S.1231 f.

3) NJW 1964 S.2085 (Aufsatz: "Der rechtsfähige Verein stiftungsartiger Struktur").

GmbH oder eine sonstige juristische Person geschaffen wird, erscheint nicht angebracht. Denn das Grundschema der unselbständigen Stiftung, die Errichtung durch ein "Zuwendungsgeschäft", wird hier aufgegeben. Die Errichtung einer Stiftung in einer an sich für Personenzusammenschlüsse bestimmten Form der juristischen Person stellt nämlich kein Zuwendungsgeschäft in diesem Sinne dar, sondern ein Geschäft anderer Art, dessen Rechtscharakter im Rahmen dieser Arbeit nicht zur Debatte steht.

Von einer fiduziarischen Stiftung soll nach der im Planckschen Kommentar[1] vertretenen Meinung auch dann gesprochen werden können, wenn ohne Zuwendung des Stiftungsguts an eine andere bestehende Person, "sonsthin", ein bestimmten, insbesondere mildtätigen oder gemeinnützigen Zwecken gewidmetes Sondervermögen gebildet wird. Zu denken ist hier wohl an den Fall, daß innerhalb des Vermögens einer natürlichen oder juristischen Person ein Teil einer besonderen Verwaltung unterstellt und die Verteilung der Substanz oder der Nutzungen durch Kollatoren angeordnet und durchgeführt wird, eine Gestaltung, wie sie in Fall 8 (oben S.13) und auch bei der 1959 geschaffenen Walter-Raymond-Stiftung der Arbeitgeberverbände anzutreffen ist. In Fällen dieser Art von einer Stiftung zu sprechen, wird von Ballerstedt[2] abgelehnt: Die Walter-Raymond-Stiftung könne nicht als vollwertige Ersatzform für eine rechtlich selbständige Stiftung gelten. Sie sei auch nicht eine fiduziarische Stiftung, sondern stelle rechtlich nur einen Haushaltstitel dar, über dessen Höhe von Jahr zu Jahr neu zu beschließen sei und über den das "Kuratorium" in Zusammenarbeit mit dem "wissenschaftlichen Beirat" verfüge. Auch hier ist zu bemerken, daß die Einbeziehung derartiger Gestaltungen den ohnehin fragwürdigen Begriff der unselbständigen Stiftung mit einer zusätzlichen Problematik belasten würde, was einer Klärung nicht förderlich ist. Im übrigen soll hier jedoch noch nicht zu der Frage Stellung genommen werden, welcher Bereich der "Stiftungswirklichkeit" sinnvollerweise der Kategorie "unselbständige Stiftung des Privatrechts" zuzuordnen ist. An dieser Stelle geht es nur darum herauszufinden, welcher Inhalt dem Begriff unselbständige Stiftung in Rechtsprechung und Schrifttum zukommt.

1) Planck-Flad § 1940 Anm.3.
2) S.22 Anm.30.

II. Die unselbständige Stiftung im Steuerrecht

Im Steuerrecht findet sich im Gegensatz zum Zivilrecht der Begriff der unselbständigen Stiftung in verschiedenen Gesetzen. In § 1 des Körperschaftsteuergesetzes[1] werden für körperschaftsteuerpflichtig erklärt die ... "nichtrechtsfähigen Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere(n) Zweckvermögen". Der unselbständigen Stiftung kommt mithin für das Recht der Körperschaftsteuer im Gegensatz zum bürgerlichen Recht Subjektivität jedenfalls im passiven Sinne der Steuerpflichtigkeit zu. Definiert wird die unselbständige Stiftung im Kommentar von Blümich-Klein-Steinbring-Stutz[2] als ein Vermögen, das einer Person zur Verwendung für einen vom Stifter bestimmten dauernden Zweck unter Ausschluß der persönlichen Verwendung zugewendet worden ist, so daß der Empfänger dieses Vermögen lediglich verwaltet. Eine gewisse wirtschaftliche Selbständigkeit wird dazu gefordert. Die Zuwendung müsse mit der Auflage stattfinden, das zugewendete Vermögen nicht für eigene Zwecke des Empfängers, sondern für andere Zwecke zu verwenden, die der Zuwendende bei der Zuwendung bestimme. Gegenüber dem "Zweckvermögen" ist die unselbständige Stiftung der engere Begriff. Jenes kann auch vorliegen, wenn eine Übertragung eines Vermögensgegenstandes nicht stattgefunden hat (vgl. Fall 9 oben S.13), wenn das betreffende Vermögen seine sachenrechtliche Zuständigkeit nicht gewechselt hat, sondern nur einer besonderen Verwaltung unterstellt wurde. Allerdings entsteht ein Zweckvermögen im Sinn von § 1 Körperschaftsteuergesetz nur, wenn die gesonderte Verwaltung nicht jederzeit rückgängig gemacht werden kann[3] (vgl. dazu unten S.129).

Für die vorliegende Untersuchung ist die steuerrechtliche Begriffsbildung ziemlich unergiebig. Es geht dort um andere Fragestellungen als im Zivilrecht. Wem das zivilrechtliche Eigentum an dem "Zweckvermögen" zusteht, kann dahingestellt bleiben[4]. Ebenso ist es ganz uninteressant,

---

1) i.d.F. vom 24.5.1965, BGBl. I 450 i.d.F. des Gesetzes vom 15.9.1965, BGBl. I 1350.
2) § 1 Anm.31, 2.
3) Blümich § 1 Anm.32, 3.
4) RFH RStBl. 1936 S.443.

welcher Art die Verpflichtung des Stiftungsträgers zur Erfüllung des Stiftungszwecks ist, entscheidend ist nur, daß eine derartige Bindung besteht. Daß im Steuerrecht eine selbständige Begriffsbildung stattfindet, läßt sich deutlich zeigen am Fall des Grabpflegelegats (Fall 10 oben S.14). Hier handele es sich zivilrechtlich um ein Vermächtnis unter einer Auflage, steuerrechtlich wegen der Zweckbestimmung, der sich die Synagogengemeinde nicht entziehen könne, um eine mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattete nichtrechtsfähige Stiftung[1].

Ähnlich verhält es sich mit der Verwendung des Begriffs der unselbständigen Stiftung in anderen Steuergesetzen. Auch im Recht der Vermögensteuer wird die unselbständige Stiftung personifiziert. In § 1 des Vermögensteuergesetzes[2] heißt es, daß "nichtrechtsfähige Vereine, Anstalten, Stiftungen und andere Zweckvermögen ... vermögensteuerpflichtig" sind. Im Erbschaftsteuerrecht taucht der Begriff der unselbständigen Stiftung nicht auf. Die Fälle der unselbständigen Stiftung werden hier dem Begriff der "Zweckzuwendung" zugeordnet; gemäß § 1 Abs.1 Ziff.3 des Erbschaftsteuergesetzes[3] unterliegen Zweckzuwendungen der Erbschaftsteuer.

Das System der deutschen Erbschaftsteuer als einer Erbanfallsteuer machte die Bildung des Begriffs der Zweckzuwendung erforderlich. Die Besteuerung erfaßt nämlich nicht den Nachlaß als Ganzes, sondern knüpft an die Bereicherung an, die dem einzelnen Erwerber auf Grund des Erbfalles zufließt[4]. Dieses System versagt da, wo ein bestimmter Destinatärkreis nicht vorhanden oder nicht greifbar ist. Das Erbschaftsteuergesetz hilft sich, indem es Zuwendungen dieser Art als Zweckzuwendungen schon vor dem Anfall an die Destinatäre besteuert. Die unselbständige Stiftung ist ein Fall der Zweckzuwendung. Teilweise werden beide Begriffe gleichgesetzt[5]. Zweckzuwendung ist gegeben, wenn das Vermögen jemandem mit der Verpflichtung zugewendet wird, es nicht für eigene Zwecke und auch nicht für eine oder mehrere Personen, sondern für einen unbestimm-

1) Blümich § 1 Anm.31, 3.
2) i.d.F. vom 10.6.1954, BGBl. I 137.
3) vom 22.8.1925, RGBl. I 320 i.d.F. der Bekanntmachung vom 1.4.1959, BGBl. I 188.
4) Megow, Einleitung I (S.24).
5) Stölzle § 4 Anm.2.

ten Personenkreis zu verwenden[1]. Während im Zivilrecht mit dem Begriff der unselbständigen Stiftung Rechtsfolgen nicht verknüpft sind, kommt ihm im Steuerrecht eine spezifische Bedeutung zu. Zu erwägen ist der Gedanke, ob möglicherweise die unselbständige Stiftung nur ein steuerrechtlicher Begriff ist. Dagegen spricht, daß ein Grund für eine Übernahme des steuerrechtlichen Begriffs in das Zivilrecht nicht ersichtlich ist. Die doch recht verbreitete Verwendung des Begriffs im Zivilrecht läßt darauf schließen, daß auch in diesem Rechtsgebiet empfunden wird, daß die unselbständige Stiftung etwas anderes ist als die Auflagenschenkung oder die Treuhand. Die vielen Versuche einer Abgrenzung legen davon Zeugnis ab.

1) RFH RStBl. 1936 S.544 f.; Megow § 4 I (S.152).

TEIL II: Die Realisierung der stiftungstypischen Gegebenheiten in den Kategorien des Schuldrechts und des Erbrechts

Mit dem Ergebnis, daß die unselbständige Stiftung erschöpfend in den Rechtsformen, die als Zuwendungsgeschäfte bezeichnet wurden, realisiert wird, könnte man sich zufriedengeben, wenn damit eine sachgerechte Rechtsform für die stiftungstypischen Gegebenheiten der in Frage stehenden Sachverhalte geschaffen wäre. Das aber muß gerade bezweifelt werden. Schon der immer wiederkehrende Gebrauch des Wortes "Stiftung" muß auffallen. Es kann so sein, daß bei diesem Sprachgebrauch nur ein Begriff der Verkehrssprache zur schnellen Charakterisierung eines Lebenssachverhalts im Recht verwendet wird, es kann aber auch so sein - und diese Möglichkeit liegt näher -, daß mit der Verwendung des Wortes Stiftung eine rechtliche Qualifizierung beabsichtigt ist. Die in der Literatur und Rechtsprechung auftauchende Bemerkung, auch die unselbständige Stiftung sei "Stiftung"[1], deutet auf letztere Möglichkeit hin.

Einer Prüfung der Frage, ob die als unselbständige Stiftung qualifizierten Sachverhalte eine sachgerechte Darstellung in einem der beschriebenen Zuwendungsgeschäfte gefunden haben, hat eine Untersuchung der Rechtsformen voranzugehen, die das geltende Recht für Stiftungen zur Verfügung hält, und weiter eine Analyse der Stiftungssachverhalte auf wiederkehrende typische Gestaltungen.

Zunächst soll daher die rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts einer Betrachtung aus dem angegebenen Blickwinkel unterzogen werden.

1) Staudinger-Coing Vorbem. vor § 80 Rdnr. 1; RG 88/335 ff. (339); Strickrodt, Stiftungsrecht I S.1 Anm.1.

1. Kapitel: Die Struktur der rechtsfähigen Stiftung

I. Die Beziehungen der beteiligten Personen zur juristischen Person Stiftung

Bei der rechtsfähigen Stiftung treten eine Reihe von Personen auf: Die Person, die die Stiftung errichtet hat (Stifter), die Person(en), der (denen) es obliegt, den Stiftungszweck zu realisieren (Vorstand, Kurator, Kollator) und endlich der (die) Empfänger der Stiftungsleistungen (Destinatär(e)). Außerdem kommt der Staat in Gestalt der Aufsichtsbehörde ins Spiel. Es entsteht damit eine Fülle von Rechtsbeziehungen, die im folgenden betrachtet werden sollen. Gegenüber der unselbständigen Stiftung ist zu berücksichtigen, daß bei der rechtsfähigen Stiftung die Rechtsbeziehungen nicht unmittelbar von Person zu Person bestehen. Jede der beteiligten Personen tritt in Beziehung zur juristischen Person Stiftung. Gegenstand der folgenden Untersuchung sind deshalb die Rechtsverhältnisse, die zwischen der juristischen Person Stiftung und den beteiligten Personen, also dem Stifter, den Organen und den Destinatären entstehen.

1. Die Beziehung Stifter - Stiftung

a) Das Stiftungsgeschäft

Das Stiftungsgeschäft ist, wie aus § 80 BGB zu ersehen ist, eine der beiden Voraussetzungen (die zweite ist die staatliche Genehmigung) für die Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung. Im Gegensatz zur unselbständigen Stiftung, die (sofern sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründet wird) durch Vertrag zwischen dem Stifter und dem Stiftungsträger errichtet wird, verdankt die rechtsfähige Stiftung einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung[1] des Stifters ihre Entstehung. Dabei spielt es für die rechtliche Natur des Stiftungsgeschäfts keine Rolle, ob die Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen errichtet wird.

1) Soergel-Siebert (Siebert) § 80 Rdnr. 2.

Von praktischem Interesse bei Errichtung einer Stiftung ist besonders die Frage, wie groß der Raum der stifterischen Freiheit bemessen ist, welche Stiftungszwecke also die Aussicht haben, bei der Genehmigungsbehörde Anerkennung zu finden. Denn da eine rechtsfähige Stiftung nur durch ein Zusammenwirken von Stifter und Genehmigungsbehörde entstehen kann, müssen auch die für die Genehmigung geltenden Rechtssätze bei der Bestimmung der stifterischen Autonomie herangezogen werden. Der Umfang dieser Autonomie wird also nicht bloß durch die in den §§ 134 und 138 BGB aufgestellten Grenzen markiert.

Die bei der Genehmigung von Stiftungsgeschäften zu beachtenden Grundsätze sind im Landesrecht zu suchen. Eine ausdrückliche Regelung findet sich dabei nur in Bayern. Nach Art.3 Abs.1 S.2 des bayerischen Stiftungsgesetzes[1] soll eine Stiftung des bürgerlichen Rechts genehmigt werden, wenn sie überwiegend öffentliche Zwecke[2] verfolgt. Bei Privatstiftungen[3] wird gemäß § 9 der Ausführungsverordnung zu Art.3[4] die Genehmigung nur erteilt, wenn wichtige Gründe vorliegen, (z.B. Erhaltung wertvoller Kulturdenkmäler). In keinem Fall soll ein Anspruch auf Genehmigung bestehen, der Antragsteller soll nur sachgerechte Handhabung des Ermessens verlangen können[5].

---

1) vom 26.11.1954, BayBS. II 661.
2) Vgl. oben S.4.
3) Vgl. dazu oben S.4.
4) vom 22.8.1958, GVBl. 238.
5) Voll-Voll S.41. Ob landesrechtliche Regelungen zur Interpretation des § 80 BGB herangezogen werden dürfen, wird von Strickrodt (StR I S.41) bezweifelt. Nach seiner Ansicht lassen das Postulat der Einheit der bürgerlichen Rechtsordnung und der subsidiäre Charakter des effektiv fortbestehenden Landeszivilrechts für eine landesrechtliche differenzierte materiellrechtliche Normierung des Genehmigungs- und speziell des Ermessenstatbestandes keinen Raum.

In den übrigen Bundesländern, auch soweit dort Stiftungsgesetze ergangen sind, fehlen Bestimmungen über das materielle Genehmigungsrecht[1]. Die Entscheidung der Frage, welche Stiftungsentwürfe zu genehmigen sind, ist dem Ermessen der Genehmigungsbehörde überlassen. Ob die Behörde ihr Ermessen richtig gebraucht hat, kann zum Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung gemacht werden[2]. Welche Grundsätze für die Betätigung des Ermessens gelten, ist eine bisher unentschiedene Frage. Nach Strickrodt[3] spricht eine gesetzliche Vermutung für den Anspruch auf Stiftungsgenehmigung, wenn keine negativen Umstände im Sinn von § 87 BGB (Gefährdung des Gemeinwohls oder Unmöglichkeit der Zweckerfüllung) vorliegen und den Mindestanforderungen der §§ 80-86 BGB Genüge getan ist. Auch Mestmäcker[4] ist der Ansicht, daß Stiftungen zu jedem gesetzmäßigen Zweck sollten errichtet werden können, gibt aber zu erwägen, ob nicht bestimmte Stiftungszwecke generell unterbunden werden sollten. Die Frage stelle sich namentlich für die Förderung politischer Zwecke und für Stiftungsunternehmen. Ballerstedt[5] meint, daß es allein darauf ankommen sollte, ob der Stiftungszweck der Anerkennung eigener Rechtspersönlichkeit der Stiftung würdig sei. Würdig in diesem Sinne sei ein Stiftungszweck dann, wenn seine dauernde Verfolgung im öffentlichen Interesse liegen könne und wenn das Verhältnis zwischen Stiftungszweck und Vermögensausstattung angemessen sei.

---

1) Für Familienstiftungen weist allerdings Art. 1 § 2 des preußischen Ausführungsgesetzes zum BGB vom 20.9.1899 (prGS S.177) die zur Erteilung der Genehmigung bei Familienstiftungen zuständigen Amtsgerichte an zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde deutlich und bestimmt gefaßt ist und ob sie ausreichende Bestimmungen über die Bestellung eines Vorstandes enthält. Ob die Genehmigung erteilt werden muß, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist zwar nicht zweifelsfrei, aber doch wohl anzunehmen; ebenso Erman-Westermann § 80 Anm. 3.

2) Vgl. Bad.-Württ. VGH, VerwRspr 8/550: Die Genehmigung zur Errichtung einer selbständigen Stiftung sei ein anfechtbarer Verwaltungsakt.

3) Stiftungsrecht I S.49.

4) Referat S.G 16.

5) Gutachten S.43 f.

Die Frage nach der Stiftungsautonomie kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher untersucht werden. Es kommt auch nur darauf an, hier die Gesichtspunkte herauszuarbeiten, nach denen sich die Erörterung der Rechtslage bei der unselbständigen Stiftung zu richten haben wird. Festzuhalten ist, daß der Stifter bei der rechtsfähigen Stiftung - innerhalb gewisser Grenzen - die Realisierung des von ihm gesetzten Stiftungszwecks erzwingen kann.

Soweit die Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet wurde, unterliegt das Stiftungsgeschäft den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§§ 104 ff. BGB)[1]. Das bedeutet z.B., daß dem Stifter die Möglichkeit, das Stiftungsgeschäft anzufechten, nicht verwehrt ist.

Nach v. Tuhr[2] muß aber zwischen dem Organisationsakt und dem Bewidmungsakt unterschieden werden. Dieser soll der Anfechtung unterliegen, jener dagegen nicht. Es müsse stattdessen - so v. Tuhr - die Genehmigung der Stiftung zurückgenommen werden. Es habe große Bedenken, einer juristischen Person, bei deren Entstehung die Staatsgewalt mitgewirkt habe und die vielleicht in zahlreiche Rechtsbeziehungen eingetreten sei, infolge eines Fehlers der rechtsgeschäftlichen Begründung nachträglich die Existenz abzusprechen. Strickrodt[3] ist der Ansicht, daß - wenigstens bis zum Zeitpunkt der Errichtung der juristischen Person Stiftung - allgemeines Recht gelten soll. Sei die staatliche Genehmigung erteilt, so hemme die Anfechtung die Ansprüche der Stiftung aus § 82 BGB. Die Stiftung als Rechtsperson und Organisation werde in ihrem Bestand davon aber nicht berührt. Für die Frage, wem gegenüber die Anfechtung erklärt werden muß, ist es von Bedeutung, daß das Stiftungsgeschäft eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ist[4]. Es gilt deshalb § 143 Abs. 4 BGB, wonach Anfechtungsgegner jeder ist, der auf Grund eines Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Gegen

1) Planck-Knoke § 81 Anm. 1.
2) I S. 605 ff. (607).
3) Stiftungsrecht I 2 c (S. 22).
4) v. Tuhr I S. 597/599; Staudinger-Coing Rdnr. 3 zu § 80.

die Anwendung dieser Vorschrift ließe sich allerdings einwenden, daß die Stiftung durch den Stiftungsakt keinen rechtlichen Vorteil erlangt habe, vielmehr dadurch überhaupt erst entstanden sei. Dieser logisch schwer zu entkräftende Einwand dürfte jedoch nicht allzu schwer wiegen. Denn wie die Fiktion des § 84 BGB erkennen läßt, sollte im BGB dem alten gemeinrechtlichen Streit, ob eine von Todes wegen errichtete Stiftung zum Erben eingesetzt werden könne[1], der Gegenstand entzogen werden. Es würde dieser Grundentscheidung des BGB widersprechen, wollte man gegen die Anwendbarkeit des § 143 Abs. 4 BGB den genannten Einwand zu neuem Leben erwecken. Gegen die Anwendung des § 143 Abs. 4 BGB bei der Anfechtung eines Stiftungsgeschäfts dürften deshalb keine Bedenken bestehen[2]. Die Anfechtungserklärung ist deshalb gegen die Stiftung zu richten.

Für die rechtsfähige Stiftung ohne größere Bedeutung, im Hinblick auf die gleiche Fragestellung bei ihrem unselbständigen Gegenstück jedoch nicht unwichtig ist die Frage, ob und gegebenenfalls wann der Stifter an seinen einmal erklärten Stiftungswillen gebunden ist. Sofern keine dritte Person im Spiel ist, kann der Stifter gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 BGB die Stiftung bis zur Genehmigung widerrufen. Umstritten ist andererseits, ob sich der Stifter vertraglich binden kann, eine Stiftung zu errichten bzw. eine errichtete, aber noch nicht genehmigte Stiftung nicht zu widerrufen. Während von Tuhr[3] eine Bindung mit dem Hinweis ablehnte, damit werde gegen die Absicht des Gesetzgebers verstoßen, dem Stifter bis zur staatlichen Genehmigung die Freiheit des Widerrufs zu belassen, bestehen nach anderer Ansicht[4] gegen die Annahme einer derartigen Verpflichtung keine Bedenken. Man wird dieser zuletzt angeführten Meinung beipflichten müssen; denn für die im BGB festgelegte, in der Tat weitreichende Widerrufsbefugnis fehlt es dann an einer Rechtfertigung, wenn der Stifter für die Errichtung der Stiftung von einem Vertragspartner ein Entgelt bekommt - eine nicht ganz fernliegende Gestaltung, wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter

1) vgl. Liermann, Handbuch des Stiftungsrechts I, S. 243 ff.

2) Gleiches Ergebnis, jedoch ohne Begründung Oertmann. § 81 Anm. 1 b β) α) ββ).

3) I S. 601.

4) Stintzing AcP 88/410; Oertmann § 81 Anm. 1 aγ; Staudinger-Coing § 80 Rdnr. 3; Rosenthal-Bohnenberg Rdnr. 158.

und dem Dritten in Vertragsform erscheint.

b) Die Rechte und Pflichten des Stifters gegenüber der genehmigten Stiftung

Das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung ist verschieden je nachdem, ob die Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen errichtet wurde. Soweit letzterer Fall vorliegt, wird die Stiftung hinsichtlich des Stiftungsguts entweder Erbin oder Vermächtnisnehmerin. Die Rechtsbeziehungen der Stiftung zu den (gegebenenfalls übrigen) Erben richten sich nach erbrechtlichen Regeln.

Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten rechtsfähigen Stiftung ist die Lage verwickelter. Die Schwierigkeiten ergeben sich, wie vorweg bemerkt werden darf, im Grunde daraus, daß der unpersönliche Stiftungszweck als juristische Person verselbständigt und damit der Vertragspartner des Stifters beseitigt wird. Die sonst im Schuldrecht vorgegebene Situation, das Vorhandensein zweier Personen, die in Rechtsbeziehungen zueinander eintreten, ist im Stiftungsrecht damit entfallen. Eine befriedigende Lösung wird auch nicht dadurch erzielt, daß gemäß § 82 S.1 BGB zwischen Stifter und genehmigter Stiftung ein Schuldverhältnis entsteht, indem der Stifter verpflichtet wird, der genehmigten Stiftung das ihr im Stiftungsgeschäft zugesagte Gut zu übertragen. Denn dieses Schuldverhältnis ist nicht in allen Fällen der Errichtung einer Stiftung anzutreffen. Besteht das gestiftete Gut nämlich aus Rechten, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, so geht es gemäß § 82 S.2 BGB im Zweifel mit der Genehmigung, also ohne Übertragungsakt, auf die Stiftung über. Ob in Fällen dieser Art eine schuldrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftung entsteht, ist nicht zweifelsfrei. Ein verpflichtender Schuldvertrag ist hier jedenfalls nicht vorhanden. In Betracht zu ziehen ist allenfalls die Möglichkeit, dem Stiftungsgeschäft die Qualität einer Rechtsgrundabrede beizumessen. Es könnte dann von einer "causa" zwar nicht im Sinn des im Inhalt eines Verpflichtungsgeschäfts zum Ausdruck gelangenden typischen Vertragszwecks[1], wohl aber

1) Larenz, Bes.Teil § 62 I a (S.367).

im Sinn des die Rückforderung des Stiftungsguts ausschließenden Rechtsgrundes gesprochen werden. Es ist aber sehr fraglich, ob das Stiftungsgeschäft eine causa in diesem Sinn darstellt. Die Bedenken dagegen ergeben sich zwar nicht daraus, daß die Errichtung der Stiftung und die Übertragung des Stiftungsguts im Falle des § 82 S.2 BGB gleichzeitig erfolgen. Denn wie am Beispiel der Handschenkung zu ersehen ist, lassen sich auch bei einem in dieser Weise uno actu geschaffenen Rechtsverhältnis zwei Bestandteile, die dingliche Übertragung und die Abrede über den verfolgten Zweck, unterscheiden. Wenn das Stiftungsgeschäft aber einen die Rückforderung ausschließenden Rechtsgrund darstellen würde, so müßte der Stifter das Stiftungsgut zurückfordern können, wenn der Stiftungszweck nicht erreicht wird. Das aber ist gerade nicht zugelassen. Eine Rückforderung des Stiftungsguts kommt gerade nicht in Frage, weder in dem Fall, daß der Stiftungszweck erfüllbar ist, tatsächlich aber nicht erfüllt wird, noch in dem Fall, daß er unerfüllbar geworden ist. Das Gesetz hält für letzteren Fall eine spezielle Regelung in § 87 BGB bereit: Entweder wird der Zweck der Stiftung geändert, oder die Stiftung wird aufgehoben. Selbst dann entsteht kein Anspruch des Stifters auf Rückübertragung des Stiftungsguts. Das Stiftungsgut fällt an die in der Verfassung bestimmten Personen (§ 88 S.1 BGB).

Der Ausschluß des Rückforderungsrechts ergibt sich offenbar nicht aus der Qualität des Stiftungsgeschäfts als einer causa für die Übertragung des Stiftungsguts, sondern folgt vielmehr aus dem Wesen der Stiftung. Denn von einer Stiftung im Rechtssinn kann nur gesprochen werden, wenn das Recht des Stifters ausgeschlossen wird, das Stiftungsgut wieder an sich zu ziehen.

Bei diesen sich aus der Sache ergebenden Schwierigkeiten ist es nicht verwunderlich, daß über das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftung in Schrifttum und Rechtsprechung keine Klarheit herrscht, obwohl es schon zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung war. So beschäftigten sich Roth[1] und Demelius[2] u.a. mit der Frage, ob das Stiftungsgut unmittelbar auf die Stiftung übergehe; beide

1) IherJb 1/189 ff.
2) IherJb 4/113 ff.

kamen zu dem Ergebnis, daß dies der Fall sei.[1]

Damit wird die Widmung eines Vermögensstücks als Stiftungsgut zu einer Verfügung des Sachenrechts, was bei Demelius[2] auch klar gesagt wird: außer Dereliktion und Tradition gebe es eine dritte Art des Eigentumaufgebens, die Widmung zur Existenz eines Zweckvermögens. Die Frage nach der Stiftungscausa beantwortet Demelius mit dem Hinweis, das Stiftungsgeschäft bilde eine eigene causa "sowohl dominii transferendi, als obligandi". Zitelmann[3] war demgegenüber der Ansicht, daß eine Stiftungscausa nicht vorhanden zu sein brauche, sich allerdings aus einem Rechtsgeschäft des Stifters mit einem Dritten ergeben könne, ein Gedanke, der auch der Ansicht zugrundeliegt, man könne sich zur Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung einem Dritten gegenüber verpflichten (vgl. oben S. 78). Die causa für die Übertragung des Stiftungsguts ist in Fällen dieser Art in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Stifter und dem Dritten zu suchen. Wenn aber die Errichtung einer Stiftung als das Erfüllungsgeschäft einer gewissermaßen fremden causa erscheinen kann, warum sollte sie dann eine eigene causa haben, wenn der Stifter die Stiftung sua sponte errichtet?

Auch heute gibt es für die Rechtsnatur des "Bewidmungsakts", also des vermögensrechtlichen Teiles des Stiftungsgeschäfts[4], keine überzeugende Erklärung. Die Meinung Stintzings[5], der Stiftungsvorgang habe die Natur einer Anweisung, hat keine Anhänger gefunden, und auch die Ansicht, es handele sich dabei um eine Schenkung[6], wird heute allgemein mit dem Hinweis abgelehnt, der Bewidmungsakt sei ein einseitiges Rechtsgeschäft, eine Schenkung aber immer Vertrag[7]. Die heute h. M. hält den Bewid-

1) Roth a. a. O., S. 208; Demelius a. a. O. S. 145 f.
2) a. a. O. S. 143.
3) S. 71.
4) Oertmann § 81 Anm. 1 bα; Lehmann, Allg. Teil § 61 II 1 aγ.
5) AcP 88/417.
6) RG 5/138 ff. (143); v. Tuhr I S. 601 f.; v. Gierke, Personengemeinschaften S. 46 f.; unentschieden Lehmann, Allg. Teil § 61 II 1 a γ
7) Planck-Knoke § 81 Anm. 3; Oertmann § 81 Anm. 1 bββ); Erman-Westermann § 80 Anm. 2.

mungsakt für ein Geschäft sui generis. Das Stiftungsgeschäft sei in erster Linie auf Schaffung einer juristischen Person gerichtet, unter keine der Vertragskategorien des Vermögensrechts unterzubringen und stelle daher eine besondere Art eines Rechtsgeschäfts dar (Schaffung einer Stiftungsperson und Vermögenswidmung)[1]. Das Stiftungsgeschäft sei einschließlich der Zuwendung ein einseitiges (sozialrechtliches) Rechtsgeschäft eigener Art[2].

Zur Entscheidung von Einzelfragen wird das Schenkungsrecht nach allgemeiner Ansicht gleichwohl (analog) angewendet, und über die Qualifikation des Stiftungsgeschäfts als eine unentgeltliche Zuwendung besteht ebenfalls Einigkeit[3]. Nach einer Entscheidung des RG[4] sind die §§ 2325 ff. BGB über den Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht nur auf eine Schenkung an eine bestehende Stiftung, sondern auch bei Begründung (d.h. der vermögensmäßigen Erstausstattung) einer Stiftung entsprechend anzuwenden.

Prüft man die Frage des Erfüllungsanspruchs, so ergibt sich, daß der Stifter von der Stiftung Erfüllung, d.h. Realisierung des Stiftungszwecks, nicht verlangen kann. Denn ein Schuldverhältnis zwischen dem Stifter und dem Empfänger des Stiftungsguts, wie es sich bei der unselbständigen Stiftung in Gestalt des Zuwendungsgeschäfts findet, ist bei der rechtsfähigen Stiftung nicht anzutreffen. Der Stifter kann deshalb in dem Fall, daß die Realisierung des Stiftungszwecks unterbleibt, nur versuchen - evtl. auf dem Verwaltungsrechtswege -, die Aufsichtsbehörde zu einem Eingreifen zu veranlassen. Ebensowenig steht ihm das Recht zu, das Stiftungsgut zurückzufordern, wenn der Stiftungszweck nicht mehr erfüllbar oder zwar erfüllbar ist, tatsächlich aber nicht erfüllt wird (vgl. oben S.80).

---

1) Staudinger-Coing § 80 Rdnr. 9.
2) Soergel-Siebert (Siebert) § 80 Rdnr. 7.
3) Enneccerus-Nipperdey § 117 Anm.10 (hinsichtlich § 32 Ziff.1 KO); Erman-Westermann § 80 Anm.2 (hinsichtlich §§ 1641, 1804 BGB und des Anfechtungsgesetzes).
4) RG 54/399 ff. (400).

Sehr zweifelhaft ist, ob dem Stifter die Rechte zustehen, die für den Schenker bei Notbedarf (§ 528 BGB) und Undank (§ 530 BGB) entstehen. Lehmann[1] war der Meinung, die Rückforderung wegen Verarmung des Stifters könne zugelassen werden. Diese Rechtsfolge ist bedenklich, weil auf diese Weise der schon im Rechtsleben stehenden Stiftung große Teile des Vermögens entzogen werden können - ein im Hinblick auf die Stellung der Gläubiger der Stiftung mißliches Ergebnis. Kohler[2] war der Ansicht, daß die Bestimmungen über Verarmung des Schenkers und über Widerruf nicht anwendbar seien, denn diese setzten voraus, daß durch die Schenkung ein gewisses Gegenseitigkeitsverhältnis begründet werde, was bei diesen einseitigen Zuwendungen kaum anzunehmen sei. Wolff[3] hält es für ein essentiale der rechtsfähigen Stiftung, daß der Stifter nach Genehmigung der Stiftung keinen Einfluß mehr auf die Stiftung hat. Der Stifter könne verarmen, ohne von der anderweitig zweckgebundenen Stiftung unterstützt werden zu können.

Auch der Stiftung stehen nach Genehmigung (im Fall des § 82 S.2 BGB) bzw. Empfang des Stiftungsguts (im Fall des § 82 S.1 BGB) keine Rechte gegen den Stifter mehr zu. Insbesondere ist der Stifter zu Nachschüssen nicht verpflichtet[4]. Fraglich ist, ob er für Sach- und Rechtsmängel des gestifteten Guts haftet. Wie aus den Protokollen[5] zu ersehen ist, sollte diese Frage der Klärung durch Wissenschaft und Rechtsprechung vorbehalten bleiben. Ein Fall aus der Rechtsprechung ist dazu bisher nicht bekannt geworden. In der Literatur wird zumeist die - analoge - Anwendung der §§ 519, 521-524 BGB empfohlen[6].

In der Praxis kommt der angeschnittenen Frage keine große Bedeutung zu. Denn ein Bedürfnis für einen Gewährleistungsanspruch der Stiftung gegen den Stifter besteht in aller Regel nicht, da in dem Fall, daß das Stiftungsgut - wegen seiner Mangelhaftigkeit - zur Erfüllung des Stif-

1) Allg.Teil § 61 II 1 aγ.
2) Lehrbuch I S.350.
3) Verwaltungsrecht II § 102 I b.
4) a.A. Stintzing, der aus dem Wesen des Bewidmungsaktes als einer Anweisung (vgl. oben S.81 Anm.5) eine Revalierungsklage der Stiftung herleitete.
5) I 593.
6) Lehmann, Allg.Teil § 61 II 1 aγ; RGRK-Denecke § 81 Anm.2; Erman-Westermann § 80 Anm.2.

tungszwecks nicht ausreicht, die Stiftung gemäß § 87 Abs.1 BGB aufgehoben werden kann. Anders steht es allerdings in dem - seltenen - Fall, daß die Stiftung Verbindlichkeiten eingegangen ist und sich dann herausstellt, daß das Stiftungsgut (z.B.) mit einem Rechtsmangel behaftet ist. Ob man hier jede Gewährleistungspflicht des Stifters etwa mit der Begründung leugnen kann, die Gegenstände seien so gestiftet, wie sie nun einmal beschaffen seien, ist zweifelhaft, da die Gewährung von Mängelansprüchen für den Beschenkten in den §§ 523, 524 BGB erkennen läßt, daß das Gesetz auch den Schenker - bis zu einem gewissen Grade - beim Wort nimmt. Eine (analoge) Anwendung der §§ 523, 524 BGB kommt hier schon in Betracht, führt aber, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht zu einer befriedigenden Lösung des Problems. In dem vielleicht noch am ehesten vorkommenden Fall, daß der Stifter einen Vermögensgegenstand in Kenntnis seiner Mangelhaftigkeit stiftet, ohne daß von einem arglistigen Verschweigen des Mangels gesprochen werden kann, läßt das Schenkungsrecht keinen Gewährleistungsanspruch entstehen, da § 523 Abs.1 BGB (bei Rechtsmangel) und § 524 Abs.1 BGB (bei Sachmangel) eine Haftung des Schenkers nur eintreten läßt, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen hat. Bloße Kenntnis genügt aber für die Annahme von Arglist nicht, erforderlich ist vielmehr, daß der Schenker die Absicht hatte, den Beschenkten zu täuschen[1]. Bei der Stiftung stellt sich dazu noch die Frage, wer als Opfer eines der Täuschung dienenden Verschweigens in Frage kommt. Denn die Stiftung existiert noch nicht, wenn der Stifter den Vermögensgegenstand in dem Stiftungsgeschäft widmet. Selbst wenn man aber § 523 Abs.1 BGB oder § 524 Abs.1 BGB (analog) anwendete, so wäre damit nichts gewonnen, weil diese Gesetzesbestimmungen dem Beschenkten (= der Stiftung) nur Ansprüche gegen den Schenker (= Stifter) auf Ersatz des Vertrauensschadens gewähren[2], eine Aufstockung des - durch den Rechts- oder Sachmangel in seinem Wert geminderten - Stiftungsgut auf den im Stiftungsgeschäft zugesagten Bestand aber nicht zu erzielen ist. Dieser Erfolg läßt sich nur da erreichen, wo Gegenstände gestiftet wurden, die der Stifter sich erst noch beschaffen mußte, eine Situation, die in der Stiftungswirklichkeit sehr selten vorkommen wird. Hier ließe sich nämlich ein Anspruch der Stiftung auf das positive Interesse aus den §§ 523 Abs.1 oder 524 Abs.1

1) Staudinger-Ostler § 523 Rdnr. 3 / § 460 Rdnr. 13.

2) Erman-Böhle-Stamschräder § 523 Anm.1 a.

BGB in analoger Anwendung herleiten, sofern die sonstigen Voraussetzungen dieser Normen gegeben sind.

Eine sachgerechte Lösung der angeschnittenen Frage ist mit einer analogen Anwendung der für die Schenkung geltenden Gewährleistungsregeln nicht zu erzielen, weil damit zwar berücksichtigt wird, daß die Stiftung ein unentgeltliches Geschäft ist, nicht jedoch, daß sie ein Rechtssubjekt wird, das im Rechtsverkehr handelnd auftritt und dem mit Rücksicht auf die im Stiftungsgeschäft zugesagte Vermögensunterlage Kredit gewährt werden kann. Bei den - hier nicht weiter zu verfolgenden - Bemühungen um eine sachgerechte Lösung wird daher auch diese Urheberschaft des Stifters auch aus dem Recht der Kapitalgesellschaften gewinnen, jedenfalls bei solchen Stiftungen, die ein Unternehmen betreiben.
Zusammenfassend läßt sich feststellen daß ein Rechtsverhältnis mit beiderseitigen Rechten und Pflichten zwischen dem Stifter und der Stiftung nach der Genehmigung (sofern das zugesagte Vermögen gemäß § 82 S.2 BGB mit der Genehmigung auf die Stiftung übergegangen ist) bzw. nach der Übertragung des zugesicherten Vermögens nicht mehr besteht. An die Gründereigenschaft knüpft sich nach einer Formulierung Otto Mayers[1] keinerlei weiteres Recht. Der Stifter löse sich im Stiftungsgeschäft schon von der Stiftung ab, heißt es bei Brecher[2]; Hölder[3] sprach von einer nur noch historischen Beziehung zwischen Stifter und Stiftung.[4]

2. Die Beziehung Organperson - Stiftung

Die Realisierung des Stiftungszwecks ist, da sich die Stiftung ihrer Organe bedienen muß, um handeln zu können, nur gewährleistet, wenn eine Verpflichtung der Organpersonen geschaffen wird, eine auf die Verwirklichung des Stiftungszwecks gerichtete Tätigkeit zu entfalten. Eine derartige Verpflichtung ist auch, wie sogleich zu zeigen sein wird, bei

1) Die juristische Person S.44.
2) Subjekt und Verband S.242.
3) S.264.

allen rechtsfähigen Stiftungen anzutreffen. Für die Frage, woraus sich diese Verpflichtung ergibt, ist es von Bedeutung, wer die Verwaltung der Stiftung führt. Hier gibt es verschiedene Möglichkeiten. Der Verwaltungskörper kann einmal aus Privatpersonen bestehen, die ihre Organstellung einer Einsetzung durch den Stifter (soweit es sich um die erste Generation der Organe handelt) oder einer Berufung durch schon vorhandene Organe verdanken. Die Verwaltung kann weiter von Personen geführt werden, die ihre Organeigenschaft mit Erwerb einer Amtsstellung, z.B. eines Pfarramtes[1], erlangt haben, und schließlich sind Stiftungen anzutreffen, deren Verwaltung in der Hand einer Behörde liegt und nach deren Verwaltungsgrundsätzen geführt wird[2].

Bei den zwei zuerst genannten Fallgruppen ergibt sich die Verpflichtung der Organpersonen zum Tätigwerden aus ihrem - dem Privatrecht angehörenden - Rechtsverhältnis zur juristischen Person, das nunmehr einer eingehenderen Betrachtung zu unterziehen ist. Der Versuch, dieses Rechtsverhältnis näher zu beschreiben, stößt sehr bald auf Schwierigkeiten. Während nämlich die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder beim rechtsfähigen Verein in der Literatur ziemlich eingehend erörtert wird, schweigen sich Lehrbücher und Kommentare zur Rechtsstellung der Stiftungsorgane nahezu völlig aus oder beschränken sich auf eine Verweisung auf die Rechtslage beim rechtsfähigen Verein[3]. Es empfiehlt sich deshalb, zunächst einen Blick auf die Rechtsstellung des Vereinsvorstandes zu werfen.

Herkömmlicherweise werden innerhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und Verein zwei Bestandteile unterschieden: Die "Bestellung", von O. v. Gierke[4] als verfassungsmäßige Berufung einer oder mehrerer Personen zur Organstellung des Vorstandes definiert, und der Anstellungsvertrag, der Auftrags- oder Dienstvertrag sein kann[5]. Die Pflicht

---

1) Eine derartige Gestaltung findet sich in dem Fall RG SeuffA Bd. 95 Nr. 23.
2) In dem Fall RG 161/288 ff. z.B. wurde die Verwaltung einer rechtsfähigen Stiftung von städtischen Organen geführt.
3) So z.B. Erman-Westermann § 86 Anm. 2.
4) Genossenschaftstheorie S. 674.
5) Staudinger-Coing § 27 Rdnr. 12.

zur Entfaltung einer auf die Realisierung des Vereinszwecks gerichteten Tätigkeit ergibt sich nun nicht aus der Bestellung, die andere Rechtswirkungen hervorruft (Haftung des Vereinsvermögens aus Handlungen des Organs etc.), sondern aus dem Anstellungsvertrag. Partner dieses Vertrages sind die Organperson und die juristische Person Verein.

Auch bei der Stiftung sollen, wie sich aus der in § 86 S.1 BGB enthaltenen Verweisung auf § 27 Abs.3 BGB ergibt, auf die Geschäftsführung des Vorstandes die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664-670 BGB entsprechende Anwendung finden. Es liegt mithin nahe, auch hier die Pflicht der Organperson, zur Erfüllung des Stiftungszwecks tätig zu werden, in einem Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Organperson und juristischer Person Stiftung zu realisieren. Bei näherem Hinsehen erweist sich diese Konstruktion allerdings als wenig befriedigend. Schwierigkeiten ergeben sich schon bei der Frage, wie ein derartiger Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrag zustandekommen soll. Eine "Bestellung", wie sie beim rechtsfähigen Verein entweder von einem schon vorhandenen Organ oder auch von der Mitgliederversammlung vorgenommen wird, braucht bei einer rechtsfähigen Stiftung nicht stattzufinden. Wenn z.B. der jeweilige Inhaber eines bestimmten Pfarramts Mitglied eines Stiftungsvorstandes sein soll, so sucht man vergeblich nach einer "Bestellung". Nicht anders steht es, wenn bei einer Stiftung, deren Vorstand sich durch Zuwahl jeweils wieder ergänzen soll (bei der später also eine "Bestellung" stattfindet), der erste Stiftungsvorstand gebildet wird. Zu Bedenken gegen die Annahme eines Auftragsverhältnisses gibt auch die Beobachtung Anlaß, daß der bei einem Auftrags- oder Dienstvertrag auftretende Auftraggeber bei der Stiftung nicht vorhanden ist. Bezugspunkt für die Tätigkeit des Stiftungsorgans ist nicht das (sonst in einem konkreten Auftrag mehr oder weniger festgelegte) Interesse einer natürlichen Person, sondern der in der Stiftung verselbständigte Stiftungszweck. Die Interessen des Stifters und der Destinatäre haben nämlich gegenüber dem eine eigene Gesetzlichkeit entwickelnden Stiftungszweck keine Bedeutung mehr.

Die rechtliche Erfassung solcher Aufgaben mit Eigengesetzlichkeit bereitet dem Privatrecht erhebliche Schwierigkeiten.[1] Das System des Privatrechts,

1) Mestmäcker(S.G3)führt die bei der Stiftung auftretenden dogmatischen Schwierigkeiten darauf zurück, daß sie sich den Kategorien von Anspruch und Verpflichtung, auf denen der selbsttätige Interessenausgleich im Privatrecht weithin beruhe, kraft Rechtsform zu entziehen scheine.

das mit seiner Grundkategorie "subjektives Recht", allgemein als festes, der Person zugeeignetes Machtverhältnis[1] definiert, auf dem persönlichen Interesse des Individuums aufbaut, paßt nicht recht, wenn es darum geht, eine Aufgabe mit Eigengesetzlichkeit zu erfüllen. Treffend formuliert Köttgen[2]: "Im Mittelpunkt steht hier (im Privatrecht, Verf.) die individuelle Berechtigung, als deren Spiegelbild sich alle privatrechtlichen Verpflichtungen verstehen. Damit ist aber gleichzeitig festgestellt, daß sich in dieses privatrechtliche System alle diejenigen Rechtspflichten nicht einfügen lassen, die ihren Ursprung in der Verbindlichkeit sachlicher Gegebenheiten haben und daher nicht einem individuell Berechtigten gegenüber bestehen". Diese Schwierigkeit zeigt sich nicht nur bei der Stiftung, sie tritt auch zutage bei der Rechtsstellung von Testamentsvollstrecker und Konkursverwalter.

Mit der Personifizierung des Stiftungszwecks scheint nun das für Schuldverhältnisse vorausgesetzte zweiseitige Verhältnis geschaffen, das die Regeln des Auftragsvertrages bzw. Dienstvertrages anwendbar macht. In Wahrheit handelt es sich bei der Stiftung um ein Gebundensein von Personen an den Stiftungszweck[3].

Die eben skizzierte Konstruktion eines Auftrags- oder Dienstvertrages zwischen der Organperson und der juristischen Person Stiftung ist dort entbehrlich, wo die Verwaltung der Stiftung von einer Behörde geführt wird, wovon allerdings nicht schon dann die Rede sein kann, wenn die Eigenschaft eines Vorstandsmitgliedes an die Innehabung eines bestimmten Amtes geknüpft ist. Denn dann handeln die Amtsträger als Privatpersonen.

Wird die Verwaltung aber von einer Behörde als solcher geführt, so erscheint die Pflicht der Stiftungsorgane, zur Realisierung des Stiftungszwecks tätig zu werden, in Form von Amtspflichten der mit der Verwaltung der Stiftung betrauten Personen. Eine derartige Gestaltung war in dem Sach-

1) Enneccerus-Nipperdey § 72 I.
2) AcP 151/170.
3) Enneccerus-Nipperdey § 72 III.

verhalt anzutreffen, der der Entscheidung des RG vom 9.10.1939[1] zugrunde lag. Nach § 1 der Stiftungsverfassung fungierte hier der jeweilige Bürgermeister der Stadt Do. als Rendant der Stiftung. In den Jahren 1923-1934 wurden die dem Rendanten zustehenden Geschäfte von einem Stadtsekretär erledigt, der dabei 20.000 RM unterschlug. In dem Rechtsstreit nahm die Stiftung die Stadt Do. auf Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung in Anspruch. Die Beklagte wurde in allen Instanzen (zu einem Teilbetrag) verurteilt. Die mit der Stadt- und zugleich mit der Stiftungsverwaltung betrauten Beamten hätten, so führte das RG aus[2], auch bei dieser als Beamte der Stadt im Bereiche der ihnen im Rahmen der Stadtverwaltung obliegenden Amtspflicht gehandelt, und zwar auch dann, wenn die Stiftung eigene Persönlichkeit habe und der Beamte als städtischer Beamter gleichzeitig Mitglied des Organs der Stiftung sei. Diese Amtspflicht bestehe gegenüber der mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten Stiftung.

Welche Schwierigkeiten die rechtliche Erfassung des Verhältnisses zwischen Organperson und Stiftung macht, soll abschließend an Hand einer Entscheidung des RG[3] gezeigt werden, die sich mit einer rechtsfähigen Stiftung befaßte, bei der die Eigenschaft eines Vorstandsmitgliedes satzungsmäßig an die Innehabung eines näher bezeichneten Pfarramts geknüpft war. Zur Entscheidung stand die Frage, ob der Pfarrer sich durch einseitige Erklärung gegenüber der Stiftung wieder zum Vorstandsmitglied machen konnte, nachdem er sieben Jahre zuvor dieses Amt durch Erklärung gegenüber der Stiftung niedergelegt hatte. Das RG hielt dies für zulässig, vermochte seine Entscheidung jedoch nicht mit einer widerspruchsfreien Begründung zu versehen. Es ging davon aus, daß es sich bei der Tätigkeit des Pfarrers im Verwaltungsrat der Stiftung um die Ausführung eines ihm besonders erteilten Auftrages gehandelt habe. Aus § 671 BGB habe dem Pfarrer deshalb das Recht zugestanden, die Verwaltungstätigkeit zu kündigen, und mit Abgabe seiner Kündigungserklärung habe er aufgehört, Mitglied des Verwaltungsrats zu sein. Bei diesem Ausgangspunkt wäre es konsequent gewesen, wenn das RG die Erklärung des

1) RG 161/288 ff.
2) a.a.O., S.294 f.
3) SeuffA Bd.95 Nr.23.

Pfarrers, wieder Vorstandsmitglied sein zu wollen, als ein Angebot auf Abschluß eines neuen Auftragsvertrages aufgefaßt und, da es an einer Annahme durch die Stiftung fehlte, das Wiederaufleben des Vorstandsamts verneint hätte. Dies geschah jedoch nicht; vielmehr hielt das RG den Wiedereintritt in den Verwaltungsrat für zulässig mit der Begründung, der Pfarrer müsse grundsätzlich als geeignet für die Teilnahme an der Arbeit des Verwaltungsrats angesehen werden, solange er in seinem Amte stehe. Ihm stehe deshalb die Freiheit der Entschließung über Niederlegung und Wiederaufnahme der Mitarbeit im Verwaltungsrat zu, in der Ausübung dieser Freiheit sei er nur durch die Grundsätze von Treu und Glauben begrenzt.

Aus der Entscheidung wird die Unsicherheit über das Wesen des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses deutlich, eine Unsicherheit, die sich besonders unangenehm bemerkbar macht, weil der Bestand einer Stiftung ganz wesentlich von dem Funktionieren dieses Rechtsverhältnisses abhängt, und die nur deshalb nicht zu größeren praktischen Mißhelligkeiten führt, weil die staatliche Stiftungsaufsicht[1] dafür sorgt, daß die Organpersonen die ihnen zugewiesenen Aufgaben auch tatsächlich erfüllen.

3. Die Beziehung Destinatär - Stiftung

Hier fragt es sich zunächst, ob diese Rechtsbeziehung dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehört. Zweifellos privatrechtlich ist sie in den Fällen, wo eine rechtsfähige Stiftung von Privatpersonen verwaltet wird, der Staat also nur bei der Aufsicht in Erscheinung tritt[2]. Anders könnte es

1) Einzelheiten vgl. hier unter V (S.107).

2) Anders ist die Rechtslage im Geltungsbereich des badischen Stiftungsgesetzes(vom 19.7.1918, GVBl. 254 ff.). Gemäß § 11 sind Rechtsstreitigkeiten über das Vorhandensein der stiftungsmäßigen Voraussetzungen zur Teilnahme an Stiftungsgenüssen vor dem "Verwaltungsgerichtshof" auszufechten, womit offenbar zum Ausdruck gebracht werden soll, daß die Rechtsbeziehung zwischen Stiftung und Destinatär dem öffentlichen Recht angehört.

bei Stiftungen sein, deren Verwaltung von einer Behörde geführt wird. Hier wird es darauf ankommen, ob die Stiftung dadurch ihren privatrechtlichen Charakter verliert und zur Stiftung des öffentlichen Rechts wird, was nach h.M. dann der Fall ist, wenn sie so in den öffentlich-rechtlichen Organismus eingegliedert ist, daß sie als Einrichtung dieser juristischen Person des öffentlichen Rechts erscheint (vgl. oben S.4).

Es ist gar keine Frage, daß auf dem wenig präzisen Merkmal der organisatorischen Eingliederung die folgenreiche Qualifizierung eines Rechtsverhältnisses als privatrechtliches (bzw. öffentlich-rechtliches) nicht aufgebaut werden kann. Überdies ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten, wenn man die Rechtsbeziehung zwischen Destinatär und Stiftung als ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis qualifiziert, da dann die Gültigkeit der vom privaten Stifter gesetzten, oft gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßenden Auswahlprinzipien in Frage gestellt wird. Ohne daß hier zu der schwierigen Frage der Abgrenzung von rechtsfähiger Stiftung des öffentlichen Rechts und der des privaten Rechts näher Stellung genommen werden kann, soll darauf hingewiesen werden, daß man für eine sachgerechte Unterscheidung zweckmäßigerweise an die Herkunft des Stiftungsguts anknüpfen sollte. Nur in den Fällen, wo das Stiftungsgut aus öffentlichen Mitteln stammt, erscheint es gerechtfertigt, die Rechtsbeziehung zwischen Stiftung und Destinatär dem öffentlichen Recht zuzuweisen. Handelt es sich jedoch um privates Stiftungsgut, so besteht dazu kein Anlaß. Die Tatsache, daß die Verwaltung der Stiftung von einer Behörde geführt wird und die Bindung der Stiftungsorgane an den Stiftungszweck in öffentlich-rechtlichen (Amts-) Pflichten erscheint, bedeutet nicht, daß auch die Beziehung zu den Destinatären dem öffentlichen Recht zugeordnet werden müßte.

Für das vorliegende Thema interessiert nur die Destinatärstellung, die dem Privatrecht angehört. Bei dieser Rechtsstellung geht es vor allem um die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen den Destinatären ein klagbarer Anspruch auf Stiftungsleistungen zustehen kann. Nach h.M.[1] hat der Destinatär einen (klagbaren) Anspruch, wenn er in der Stif-

1) Enneccerus-Nipperdey § 118 III; Lehmann, Allg.Teil § 61 III 3; Staudinger-Coing § 85 Rdnr. 3; BGH LM Nr.1 zu § 85 BGB = NJW 1957/708; RG SeuffA Bd.56 Nr.216.

tungssatzung auf Grund objektiver Merkmale hinreichend bestimmt ist. Andernfalls ist ein derartiger Anspruch erst gegeben, wenn dem Anwärter ein derartiges Recht von den dazu berufenen Stiftungsorganen zuerkannt wurde[1]. Zweifelhaft sind die Rechtsnatur dieses Rechts und die dogmatische Rechtfertigung seiner Entstehung. Als gewöhnliches Forderungsrecht sah Gerber[2] das Recht des Destinatärs an. Nach v. Tuhr[3] handelt es sich um eine "in eigenartiger Weise quantitativ beschränkte Forderung": Die Zuwendungen seien bestimmungsgemäß aus den Erträgnissen der Stiftung zu nehmen und durch die Höhe derselben begrenzt; die Forderung des Destinatärs habe hinter den Gläubigern der Stiftung aus Verkehrsgeschäften zurückzustehen; dies gelte selbst dann, wenn die Forderung des Destinatärs bereits fällig sei. Kohler[4] war der Meinung, daß es sich bei dem Recht des Destinatärs nicht um ein Forderungsrecht, sondern um ein Wertrecht handele: Der Stiftling bekomme, wenn die Stiftung in Konkurs falle, selbst wenn er bereits fest bestimmt wäre, solange nichts, als die Gläubiger nicht völlig befriedigt seien. Neuerdings hat Siebert[5] die Rechtsstellung der Destinatäre wie folgt gekennzeichnet: Es handele sich um ein Recht auf Grund der Stiftungsverfassung, das die Genußberechtigten in den Bereich der Stiftung hineinziehe, ihnen also mitgliedschaftliche, nicht rein schuldrechtliche Ansprüche gebe[6].

Gegenüber der Auffassung, das Recht des Destinatärs sei ein schuldrechtlicher Anspruch, bedeutet diese Ansicht von der Rechtsstellung der Destinatäre fraglos einen Fortschritt. Das zeigt sich in dem Fall, daß den Destinatären die Verwendung der empfangenen Stiftungsleistungen oder auch ein sonstiges Verhalten vorgeschrieben wird. Von Tuhr[7] verwende-

---

1) Kohler, Lehrbuch I § 182 III (S. 416).

2) IherJb 2/363 f.

3) I § 41 Anm. 107 (S. 613).

4) Lehrbuch I § 182 V (S. 417).

5) Soergel-Siebert § 85 Rdnr. 12.

6) Bei Familienstiftungen hat schon das RG anerkannt, daß die Rechtsstellung der Destinatäre mitgliedschaftsähnliche Elemente enthalten kann, und zwar dann, wenn sich die Organisation der Stiftung einer Körperschaft der Stiftungsberechtigten annähert, RG LZ 1929 Sp. 324; HRR 1931 Nr. 1427.

7) I § 41 VII (S. 614); ebenso Kohler, Lehrbuch I § 182 VI, 1 (S. 418).

te in diesen Fällen die Rechtsfigur der Auflage: Die Zuwendung der Stiftungsleistungen könne als unentgeltliche Zuwendung mit einer Auflage belastet werden. Es ist aber sehr fraglich, ob die Rechtsfigur der Auflage hier verwendbar ist. Die Auflage gibt es heute nur noch bei der Schenkung und in Form der erbrechtlichen Auflage. Als Schenkung kann die Zuwendung der Stiftungsleistungen an die Destinatäre nicht qualifiziert werden, weil sie in Erfüllung des vom Stifter gesetzten Zweckes geschieht, eine eigene causa mithin nicht aufweist[1]. Eine bessere dogmatische Erklärung der evtl. entstehenden Verpflichtungen der Destinatäre bietet der von Siebert gewiesene Weg, das Rechtsverhältnis der Destinatäre zur Stiftung als ein mitgliedschaftsähnliches anzusehen. Die Destinatäre sind keine einfachen Dritten gegenüber der Stiftung, wie es z.B. Gläubiger aus Verkehrsgeschäften sind. Den Destinatären kommt nämlich innerhalb des Gebildes Stiftung eine Funktion zu. Auch sie tragen zur Verwirklichung des Stiftungszwecks bei. Bezweckt eine Stiftung z.B. die Unterstützung von Medizinstudenten, so ist der Stiftungszweck nicht schon dann erfüllt, wenn die Stiftungsleistungen an die Destinatäre erbracht sind. Die der Stiftung zugrunde liegende Idee ist erst dann ganz realisiert, wenn durch die Ausbildung der Studenten der Medizin ein Dienst erwiesen wird.

Zu einer völlig befriedigenden Erklärung des Verhältnisses zwischen Stiftung und Destinatär vermag allerdings auch der von Siebert gewiesene Weg nicht zu führen. Ein mitgliedschaftsähnliches Rechtsverhältnis kann wohl nur bei Anstaltsstiftungen angenommen werden, nicht dagegen bei Kapitalstiftungen, wo sich das Rechtsverhältnis im wesentlichen in einem Forderungsrecht der Destinatäre erschöpft, ein Mitgliedschaftsverhältnis - rechtssoziologisch gesehen - nicht vorhanden ist. Gleichwohl bedeutet der von Siebert gewiesene Weg aus den oben dargelegten Gründen einen Fortschritt; er wird bei Erörterung der entsprechenden Fragestellung bei der unselbständigen Stiftung zu berücksichtigen sein (unten S. 199).

Fraglich ist die Herkunft des Rechtsverhältnisses. Die Schwierigkeiten der dogmatischen Rechtfertigung sind unüberwindlich, wenn man das

1) BGH NJW 1957/708. Die Zuwendungen einer Stiftung an die Destinatäre unterliegen nicht der Schenkungssteuer, weil sie den Charakter der Freigebigkeit nicht aufweisen, vgl. Megow § 3 Anm. VII (S.138).

Recht der Destinatäre als schuldrechtlichen Anspruch ansieht. Hier ist die Notwendigkeit vertraglicher Begründung (§ 305 BGB) nicht aus dem Wege zu räumen. Das Gesetz bestimmt für die Stiftung nur insofern "etwas anderes", als es eine Verpflichtung des Stifters aus einseitigem Rechtsgeschäft entstehen läßt (§ 82 BGB). Für das Verhältnis zwischen Stiftung und Destinatär ist damit nichts ausgesagt. Folgerichtig hat denn auch Zitelmann[1] die Möglichkeit eines Anspruchs der Stiftungsanwärter nach Reichsrecht geleugnet; ein solcher Anspruch könne sich nur nach Landesrecht ergeben. In der Literatur wird zumeist mit einer Analogie zum Vermächtnis oder zum Vertrag zugunsten Dritter gearbeitet[2], eine Notlösung, auf deren Unzulänglichkeit z.T. schon hingewiesen wurde (oben S. 37 hinsichtlich des Vermächtnisses), z.T. noch einzugehen ist (unten S. 122 hinsichtlich des Vertrages zugunsten Dritter). Coing[3] hält eine zusätzliche Begründung des Anspruchs des Destinatärs für überflüssig. Der Anspruch folge aus dem Stiftungsgeschäft selbst, und es sei nicht abzusehen, warum er noch einer weiteren Stütze oder Konstruktion bedürfen solle.

Faßt man das Rechtsverhältnis zwischen Destinatär und Stiftung als ein der Mitgliedschaft beim Verein ähnliches auf, so steht § 305 BGB nicht im Wege, da er von der Begründung eines Schuldverhältnisses handelt. Zu klären bleibt noch, wie dieses Rechtsverhältnis zur Entstehung kommt. Ein Beitritt, wie er beim Verein anzutreffen ist und dort als Anknüpfungspunkt für das Mitgliedschaftsverhältnis dient, findet bei der Stiftung nicht statt. Den Destinatärstatus erwirbt der Anwärter ohne eigenes Zutun, entweder unmittelbar durch Erfüllung der objektiven Voraussetzungen der Satzung für die Destinatärschaft oder durch Zuerkennung von seiten der dazu berufenen Personen.

Das Phänomen, daß Rechtsfolgen durch Erfüllung objektiver Voraussetzungen eintreten, ist auch im Verhältnis der Stiftung zu den Organpersonen

1) Das Recht des BGB S. 74.
2) Enneccerus-Nipperdey § 118 III Anm. 10; Oertmann § 85, 4; v. Tuhr I § 41 VII (S. 612); Klinger S. 55: Das Verkehrsbedürfnis erfordere es, eine Ausnahme von § 305 BGB zuzulassen.
3) Staudinger-Coing § 85 Rdnr. 3.

zu beobachten. Vielfach sind auch die Organe nach objektiven Merkmalen bestimmt (der jeweilige Bürgermeister, Pfarrer[1]), Inhaber des Lehrstuhls X usw.). Die Frage nach der Verbindlichkeit der Stiftungssatzung ist daher als allgemeines Problem zu erörtern.

II. Der Rechtscharakter der Stiftungssatzung

Im Privatrecht treten Rechtsfolgen ein, weil sie von einem Subjekt des Privatrechts gesetzt sind, oder sie entstehen ex lege. Die Rechtsfolgen aus einem Rechtsgeschäft gelten in der Regel nur zwischen den Personen, die bei Abschluß des Rechtsgeschäfts durch Abgabe eigener Erklärungen mitgewirkt haben. Daß eine Person in ein Rechtsverhältnis eintritt, das aus fremder Willenserklärung herrührt, ist die Ausnahme. Eine Person durch einseitige Willenserklärung zu verpflichten, ist unmöglich. Rechte für dritte Personen können allerdings ohne deren Zutun begründet werden, wie am Vertrag zugunsten Dritter deutlich wird. Bei der Stiftung werden die Destinatäre in der Regel nur berechtigt. Es ist aber gut möglich, daß ihnen auch Verhaltenspflichten auferlegt werden. Jedenfalls werden die Organpersonen verpflichtet, zuweilen auch berechtigt, wenn sie eine Vergütung für ihre Tätigkeit beanspruchen können. Es ist fraglich, ob diese Rechtswirkungen durch Rechtsgeschäft erzeugt werden können.

Die zweite Rechtsquelle des Privatrechts neben dem Vertrage ist das Gesetz, die objektive Rechtsnorm. Hier treten Rechtsfolgen nicht deshalb ein, weil die Berechtigten oder Verpflichteten sie gesetzt haben, sondern weil derjenige, der sie setzt, die Rechtsmacht hat, für andere Rechte und Pflichten zu setzen. Die Rechte und Pflichten von Organen und Destinatären entspringen der Stiftungssatzung. Es gilt daher zu untersuchen, ob es sich bei der Stiftungssatzung um ein rechtsgeschäftliches Produkt oder um eine objektive Norm handelt. Das Gesetz schweigt sich über den Rechtscharakter der Stiftungssatzung aus. Nach Oertmann[2] entspricht die Stiftungsverfassung grundsätzlich der Vereinsverfassung. Um über Metho-

1) Fall in RG SeuffA Bd. 95 Nr. 23.
2) § 85 Anm. 1.

de und Argumentation einen gewissen Überblick zu erhalten, soll die Auseinandersetzung um das Wesen der Vereinssatzung einer kurzen Betrachtung unterzogen werden.

1. Die Verweisung auf die Vereinssatzung

Es stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen[1] ist die Satzung als ein Vertrag anzusehen; die Satzung sei lediglich Ausfluß der den Vereinsmitgliedern zustehenden Befugnis körperschaftlicher Gestaltung ihrer Vereinigung. Die Gegenmeinung[2] hält die Vereinssatzung für eine objektive Rechtsnorm: Kraft seiner Autonomie sei der Verein befugt, sich sein Grundgesetz zu geben.

Beide Ansichten können verständige Gründe anführen: Die Vereinsgründung habe, so sagen die Vertreter der Vertragstheorie, die Natur eines Vertrages. Regelmäßig entstehe die Satzung durch Vereinbarung der Gründer. Daß die Einigung über die Satzung vertragliche Elemente enthalte, geben auch diejenigen zu, die die Satzung für eine Rechtsnorm halten. Sie verweisen aber darauf, daß oft die Satzung nicht durch eine Einigung der Gründer geschaffen werde, sondern das Produkt der Willensbildung einer bereits faktisch bestehenden Gruppe sei[3]. Diese Gruppe schaffe mit der Satzung ihre rechtliche Organisation und die Normen für ihr Zusammenleben. Außerdem lasse sich die Geltung für zukünftige Mitglieder besser erklären, wenn man die Satzung als Rechtsnorm ansehe. Dieses Argument ist wiederum nach der Vertragstheorie nicht stichhaltig: die Vereinssatzung werde für neue Mitglieder erst dann ver-

1) Gerber AcP 37/60-62; Crome Bd.1 § 18,2 (S.93); v. Tuhr I § 35 III (S.505); Palandt-Danckelmann § 25,2; Enneccerus-Nipperdey § 108 II; weitere Literaturnachweise bei Meyer-Cording S.33.

2) v. Gierke, Genossenschaftstheorie S.133 f., DtPrivR I S.150 f.; Hedemann ArchBürgR 38/132; Oertmann Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 7/127 ff.; Meyer-Cording S.47. Dort weitere Literaturnachweise S.33.

3) Meyer-Cording S.47.

bindlich, wenn sie sich ihr unterworfen hätten; es bereite aber keine Schwierigkeit, den Eintritt in den Verein als einen Vertragsschluß anzusehen. Auch die Verbindlichkeit von Satzungsänderungen sei mühelos zu erklären: Dem Mitglied stehe der Austritt jederzeit frei; bleibe es jedoch in dem Verein, so stimme es damit (konkludent) der neuen, geänderten Satzung zu. Diese Argumentation wird von der Vertretern der Normtheorie der Lebensferne geziehen[1]: Oft werde das Vereinsmitglied von der Freiheit des Austritts praktisch keinen Gebrauch machen können[2], seine Zustimmung zu der Satzungsänderung sei eine bloße Fiktion. Überhaupt passe die Verbindlichkeit von Mehrheitsbeschlüssen schlecht in die Vertragslehre: Der eine Vertragspartner, der Verein, könne einseitig (durch Beschluß seines Organs, der Mitgliederversammlung) den Vertrag ändern. Die es Argument lassen wiederum die Vertreter der Vertragstheorie nicht gelten: Daß man sich auch bei einem Vertrage der Bestimmung anderer unterwerfen könne, sei, wie die §§ 315-317 BGB zeigten, durchaus möglich und komme gar nicht so selten, besonders nämlich beim Gesellschaftsvertrag vor, wo oft eine Willensbildung durch Mehrheitsbeschlüsse vorgesehen sei.

Das Hauptargument gegen die Normtheorie ist die Erwägung, daß dem Verein eine Delegation zur Setzung von autonomem Recht für den Verein fehle[3]. Autonome Rechtsnormen könnten heute nur dann entstehen, wenn eine Delegation vorhanden sei; eine derartige Delegation sei aber weder aus § 25 noch aus § 40 BGB zu entnehmen[4]. Auch die Vertreter der Normtheorie verkennen nicht, daß die Satzung des Vereins dem Gesetz nicht gleichrangig ist. Gesetze im technischen Sinn könne der Verein nicht schaffen[5]. Trotzdem sei denkbar, daß die Vereinssatzung die Qualität von objektivem Recht habe. Es könne sich um objektives Recht minderen Ranges handeln, etwa wie die Rechtsverordnung minderen Rang gegenüber dem Gesetz habe[6]. Auch sei das Argument nicht stichhaltig, die

1) Oertmann, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 7/136 f.
2) Meyer-Cording S. 36.
3) Enneccerus-Nipperdey § 108 II.
4) Enneccerus-Nipperdey a. a. O.
5) v. Gierke, DtPrivR I S. 151, Genossenschaftstheorie S. 163 f.; RGRK-Denecke § 25 Anm. 2.
6) Meyer-Cording S. 35.

Gründung des Vereins sei ein Vertrag, und deshalb sei und bleibe die Satzung immer ein rechtsgeschäftliches Produkt. Auch Knoke[1]; der die Schaffung der ersten Satzung als Vertragsschluß ansah, gab zu, daß die späteren Änderungsbeschlüsse Rechtsgeschäfte eigener Art seien. Ähnlich haben sich auch RG und BGH entschieden[2]: Mit dem Inslebentreten des Vereins gewinne die vertraglich geschaffene Satzung die Natur einer Norm. Während sich die Rechtsprechung verschiedentlich mit der Frage nach dem Rechtscharakter der Vereinssatzung beschäftigen mußte, findet sich zur gleichen Fragestellung bei der Stiftung nur die Bemerkung des RG[3], die Satzungen (einer Stiftung, Verf.) enthielten keine nach den Regeln des öffentlichen Rechts gültige Setzung objektiven Rechts, sondern sie bildeten die auf dem Stiftungsgeschäft beruhende Verfassung (der Stiftung, Verf.). In der Literatur begnügt man sich meist mit dem Hinweis, die Stiftungssatzung entspreche der Vereinssatzung[4]. Mit einer Verweisung auf die Vereinssatzung ist es aber nicht getan: Die Stiftungssatzung unterscheidet sich von der Vereinssatzung dadurch, daß jene das Produkt des stifterischen Willens ist, während diese das Ergebnis der Willensbildung der im Verein verbundenen Personen ist. Die Vereinssatzung ist autonom, während die Stiftungssatzung heteronom ist[5]. Die Alternative heißt hier also nicht Vertrag oder Rechtsnorm, sondern einseitiges Rechtsgeschäft oder Rechtsnorm.

2. Rechtssoziologische Überlegungen

Auch bei der Stiftungssatzung helfen möglicherweise einige rechtssoziologische[6] Überlegungen. Oft, ja wohl in der Regel, wird sich der Stifter mit den Personen, die er als Vorstandsmitglieder oder Kollatoren in Aussicht genommen hat, vor Errichtung der Stiftung besprechen und sich

1) Planck-Knoke § 25 Anm. 1.
2) RG 165/143; BGH 21/373 (betr. die Anwendbarkeit der §§ 339 ff. BGB auf Strafen zur Einhaltung mitgliedschaftlicher Pflichten).
3) SeuffA Bd. 95 Nr. 23.
4) Oertmann § 85 Anm. 1.
5) Oertmann a. a. O.
6) Für die Vereinssatzung war es vor allem Meyer-Cording (S. 44 ff.), der sich bei Bildung seiner Meinung von rechtssoziologischen Überlegungen leiten ließ.

ihres Einverständnisses versichern. Dabei werden auch diese Personen ihre Vorstellungen über die Gestaltung der zu errichtenden Stiftung äußern; die Stiftungssatzung wird also vielfach einen Niederschlag des hic et nunc Möglichen darstellen. Die Satzung enthält daher zunächst rechtsgeschäftliche Elemente. Das gilt auch dann, wenn der Stifter keine Absprache mit den zukünftigen Organpersonen getroffen hat. Bevor die Behörde die Genehmigung der Stiftung erteilen wird, wird sie das Einverständnis der betreffenden Personen einholen. Auch jetzt kommt also eine gewisse Willensübereinstimmung zwischen einzelnen Personen zustande, ein dem Vertragsschluß ähnlicher Tatbestand. Wie die Vereinssatzung, so beginnt auch die Stiftungssatzung also in vielen Fällen ihre Existenz in der Erscheinungsform eines Rechtsgeschäfts. Während man jedoch bei der Vereinssatzung vielleicht noch eine Berechtigung hat, die von den Gründern durch Vereinbarung geschaffene Satzung als vertragsähnliches Rechtsgeschäft anzusehen, weil die vereinbarten Rechtswirkungen sich gerade oder jedenfalls doch auch auf die Gründer erstrecken sollen, so weist die Stiftungssatzung für diese Argumentation nicht die Voraussetzungen auf: Zwischen den Partnern des "Rechtsgeschäfts" sollen die entscheidenden Rechtswirkungen gerade nicht entstehen, die Stiftung soll sich in aller Regel von dem Stifter völlig ablösen. Schon die Entstehung der Stiftungssatzung spricht also nicht für einen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die beabsichtigten Rechtswirkungen sollen gerade im Verhältnis zu den Personen eintreten, die an der Vereinbarung überhaupt nicht (Destinatäre) oder nur gewissermaßen in ihrer ersten Generation (Organpersonen) beteiligt sind.

3. Dogmatische Erwägungen

Vielfach erwerben bei Stiftungen Personen die Qualität eines Stiftungsorgans oder eines Destinatärs durch Erfüllung objektiver Voraussetzungen. So kann der jeweilige Träger eines Amtes Stiftungsvorstand sein; wer aus einem bestimmten Dorf stammt und ein bestimmtes Studium ergreift, kann damit schon Stiftungsdestinatär sein. Es treten mithin Rechtswirkungen - es entstehen schuldrechtliche Rechte und Pflichten - ohne Zutun der betreffenden Personen ein. Diese Erscheinung ist nur schwer zu erklären, wenn man die Stiftungssatzung als ein rechtsgeschäftliches Produkt an-

sieht, gehört es doch gerade zum Wesen des Rechtsgeschäfts, daß Rechtswirkungen nur bei den Personen eintreten, die sie gesetzt haben. Kann man beim Verein die Verbindlichkeit der Satzung (und vor allem der Satzungsänderung) noch notdürftig mit der Zustimmung der Vereinsmitglieder erklären, so entfällt bei der Stiftung auch diese Möglichkeit. Sicher kann der Destinatär diese seine Rechtsstellung wieder abschütteln, es läßt sich aber nicht leugnen, daß er sie ohne einen eigenen, auf diese Rechtswirkung gerichteten Willen erwirbt.

Bei vielen Stiftungen läßt sich beobachten, daß die Destinatäre ihre Rechtsstellung nicht unmittelbar aus der Satzung, sondern durch Zuerkennung durch die dazu berufenen Stiftungsorgane erwerben. Die Stiftungsorgane wählen die Destinatäre aus einer in der Regel schon in der Stiftungssatzung nach generellen Merkmalen (die "Armen", "Witwen" etc.) umschriebenen Gruppe von Anwärtern nach den vom Stifter festgelegten Grundsätzen aus. Zwar läßt sich diese Erscheinung mit dem Hinweis auf die §§ 315 - 317 BGB erklären, wenn man der Stiftungssatzung einen rechtsgeschäftlichen Charakter zuspricht; es ist aber nicht von der Hand zu weisen, daß diese Art der Gestaltung bei Lebenssachverhalten, die ihre rechtliche Regelung im Rechtsgeschäft finden, ungewöhnlich ist, während sie bei Stiftungen sehr häufig vorkommt.

Eine weitere Beobachtung muß auffallen. Die Behörde kann gemäß § 87 Abs.2 S.2 BGB die Verfassung der Stiftung ändern[1], soweit eine Umwandlung des Stiftungszwecks das erfordert. Sieht man die Stiftungssatzung als Rechtsgeschäft an, so bereitet die dogmatische Einordnung dieser staatlichen Änderungsbefugnis keine geringen Schwierigkeiten. Zwar ist die Herstellung oder Änderung privatrechtlicher Rechtsbeziehungen durch hoheitlichen Eingriff möglich und der Praxis ganz geläufig: Man denke nur an den Zwangsmietvertrag, der für die Betroffenen privatrechtliche Rechte und Pflichten erzeugt. Es handelt sich hierbei jedoch um ein zeitbedingtes Recht. Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen unterliegen sonst grundsätzlich der Disposition der Parteien und nicht der des Staates. Auch die staatliche Zweck(Satzungs)-Änderungsbefugnis ist ein Ar-

1) Es kommt auch vor, daß die Statuten erweitert werden, vgl. den Fall RG 9/206 ff., wo das Stiftungskapital beträchtlich angewachsen war und daraufhin der Destinatärkreis erweitert wurde.

gument gegen die Zuordnung der Stiftungssatzung zu den Rechtsgeschäften.

Meyer-Cording[1] hatte bei der Untersuchung der soziologischen Gegebenheiten beim Verein festgestellt, daß der Verein bei der Schaffung (und Änderung) seiner Satzung oft von gewissen vorgegebenen Rechtsvorstellungen ausgehen muß. Die Rechtsordnung des Vereins müsse "gerecht" sein. Überträgt man diesen Gesichtspunkt auf die Stiftungssatzung, so scheint er auf den ersten Blick unbrauchbar zu sein. Wie oben S. 76 f. erörtert wurde, ist der Stifter grundsätzlich frei in der Gestaltung der Stiftung. Das Genehmigungserfordernis hat jedoch praktisch eine Beschränkung des stifterischen Beliebens zur Folge. Die gleiche Wirkung hat die Befugnis des Staates zur Änderung des Stiftungszwecks, über deren Reichweite die Meinungen auseinandergehen. Gemäß § 87 BGB kann der Zweck einer rechtsfähigen Stiftung geändert werden, wenn seine Erfüllung unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet. Im Schrifttum wird gelegentlich eine weitergehende Einflußmöglichkeit des Staates befürwortet. Eine Änderung des Stiftungszwecks soll möglich sein, wenn die Erfüllung des Stiftungszwecks "vernünftigerweise unmöglich" geworden ist (Crome[2]), wenn die Förderung des Stiftungszwecks "nach den Anschauungen der Gegenwart als unvernünftig erscheint" (Planck-Knoke[3]), wenn "der Stiftungszweck kulturfeindlich geworden ist" (Kohler[4]) oder wenn seine ursprüngliche Betätigung zwar noch möglich, aber hinter den geänderten Verhältnissen der Gegenwart zurückgeblieben ist (Gradenwitz[5]). Oertmann[6] schloß sich der Meinung von Gradenwitz an: Zwar finde diese Änderungsbefugnis des Staates im geltenden Recht keine zuverlässige Stütze, sei aber aus inneren Gründen beifallswert. Eine Ausdehnung der Änderungsbefugnis enthält auch ein Teil der Landesgesetze, nach denen es ausreicht, daß eine wesentliche

---

1) S. 45 f.
2) I S. 269 und Anm. 26.
3) § 87 Anm. 3; ebenso Warneyer Anm. zu § 87.
4) ArchBürgR 3/252.
5) S. 20.
6) § 87 Anm. 4.

Änderung der Verhältnisse eingetreten ist[1)2)]. Es wird deshalb selten vorkommen, daß die Bestimmungen der Stiftungssatzung im Widerspruch zu den geltenden Vorstellungen darüber stehen, ob die Zwecke des Stifters es wert sind, durch die Tätigkeit einer Stiftung realisiert zu werden. Insofern zeigt sich eine gewisse Parallele der Stiftungssatzung zur Vereinssatzung. Wie diese "gerecht" sein soll, so muß auch jene mit gewissen Mindestanforderungen an Vernünftigkeit, Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit im Einklang stehen.

4. Ergebnis: Die Stiftungssatzung als objektive Norm

Die Entscheidung, ob die Stiftungssatzung als Rechtsgeschäft oder als Rechtsnorm zu qualifizieren ist, kann nun nicht mehr zweifelhaft sein: Die in der Satzung enthaltene, abstrakte generelle Regelung, die Geltung für Organpersonen und Destinatäre auf Grund der Erfüllung objektiver Voraussetzungen, der Vorgang der Konkretisierung der Satzungsbestimmungen auf bestimmte Personen und bestimmte Sachlagen, die staatliche Befugnis zur Zweckänderung und schließlich der geringere Spielraum für die Entfaltung des stifterischen Willens, alles das spricht für die Entscheidung zugunsten der Rechtsnorm.

Natürlich hat die Stiftungssatzung keine Gesetzeskraft. Der Einwand, daß dem Stifter eine Autonomie zur Rechtssetzung nicht zustehe, verfängt deshalb nicht. Auch der Verein besitzt eine derartige Autonomie nicht; aus den §§ 25 und 40 BGB läßt sich etwas derartiges nicht herleiten. Es handelt sich bei der Stiftungssatzung um objektives Recht minderen Ranges, ähnlich wie das bei der Vereinssatzung der Fall ist. Die Stiftungssatzung kann Gesetzes nicht abändern; Bestimmungen der Stiftungssatzung

1) § 1 des preußischen Gesetzes über Änderungen von Stiftungen vom 10.7.1924, 6 S. S.575; § 1 des bremischen Gesetzes über die Änderung von Stiftungen vom 21.11.1940. G Bl. S.227; § 11 des hamburgischen Ausführungsgesetzes zum BGB i.d.F. vom 1.7.1958, GVBl. S.196; § 5 Abs.2 des Berliner Stiftungsgesetzes vom 11.3.1960, GVBl. S.228.

2) Anders das bayerische Stiftungsges., das in Art.17 für die Umwandlung von Stiftungen auf die §§ 87, 88 BGB Bezug nimmt.

stehen aber - für den Bereich der Stiftung - gleichwertig neben Bundes- und Landesgesetzen. Gesetzliche und satzungsmäßige Bestimmungen sind meist in der Stiftungssatzung eng verflochten: § 85 BGB deutet dies an, indem er statuiert, daß die Verfassung einer Stiftung durch das Stiftungsgeschäft bestimmt wird, soweit sie nicht auf Reichs- oder Landesgesetz beruht.

Die Satzung einer Stiftung ist - wie diejenige eines Vereins[1] - revisibel[2], wegen § 549 ZPO allerdings nur, wenn sich ihre Wirkung über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt. Allerdings ist ihre Revisibilität kein zwingendes Argument für die Qualität als Rechtsnorm[3], weil auch sogenannte typische Verträge, also solche, die einen unbestimmten Personenkreis betreffen, der freien Auslegung durch das Revisionsgericht unterliegen[4]. Immerhin spricht die Revisibilität eher für als gegen die Normqualität der Stiftungssatzung.

Über die Rechtsbeziehungen der an der Stiftung beteiligten Personen zur juristischen Person Stiftung ist damit eine gewisse Klarheit erzielt.

Zwischen Stifter und Stiftung bestehen Rechtsbeziehungen nur solange, als der Stifter das versprochene Stiftungsgut nicht auf die Stiftung übertragen hat. Danach stehen sich Stifter und Stiftung als fremde Rechtssubjekte gegenüber. Eine Einflußmöglichkeit des Stifters auf die Realisierung des Stiftungszwecks gibt es nicht mehr.

Die Organpersonen stehen in einem Rechtsverhältnis zur Stiftung, das der Sache nach eine Bindung an den Stiftungszweck ist. Rechtlich realisiert wird diese Bindung bei der von Privatpersonen verwalteten Stiftung in einem nach Auftragsregeln zu beurteilenden Rechtsverhältnis zwischen Stiftung und Organperson, bei der von einer Behörde verwalteten Stiftung in öffentlich-rechtlichen Pflichten der mit der Verwaltung betrauten Be-

1) BGH 21/374; Enneccerus-Nipperdey § 108 Anm.8.
2) RG HRR 1929 Nr.1523; BGH LM Nr.1 zu § 85 BGB.
3) Nach Ansicht Rosenbergs (§ 140 III 1 a) ist die Stiftungssatzung keine Rechtsnorm, wenn auch ihre Auslegung eine Verletzung revisiblen Rechts darstellen kann.
4) RG 144/304, 155/135; BGH 5/114, 8/56.

amten gegenüber der Stiftung. Das Rechtsverhältnis ergibt sich aus der Stiftungssatzung entweder unmittelbar oder nach Konkretisierung durch schon vorhandene Organe. Effektiv wird die Bindung der Organpersonen an den Stiftungszweck durch die staatliche Aufsicht.

Den Destinatären kommt ebenfalls eine Funktion innerhalb des Gesamtkomplexes Stiftung zu. Ihr Rechtsverhältnis zur Stiftung ist kein Schuldverhältnis, sondern ein der Mitgliedschaft beim Verein vergleichbares Rechts- und Pflichtenverhältnis, das seine Entstehung aus der Satzung als objektiver Norm herleitet.

Alle diese Rechtsbeziehungen lassen sich mit den Kategorien schuldrechtlicher Anspruch und schuldrechtliche Verpflichtung nur mühsam und unvollkommen erfassen.

III. Die Rechtsstellung des Stiftungsguts

Auch die Rechtsstellung des Stiftungsguts bedarf der Untersuchung, da diese Fragestellung auch bei der unselbständigen Stiftung von Bedeutung sein wird. Die Rechtsstellung des Stiftungsguts hängt untrennbar mit der Theorie der juristischen Person zusammen. Auf dieses Thema muß daher skizzenhaft eingegangen werden.

Die Frage, wem das Stiftungsgut gehöre, hat die Wissenschaft seit von Savigny stark beschäftigt. Von Savigny[1] lehrte, daß ein Rechtssubjekt in Wahrheit nicht vorhanden sei. Um den Begriff des subjektiven Rechts auch da verwenden zu können, wo es sich nicht um Rechte des Individuums handele, müsse das Rechtssubjekt gedacht, fingiert werden. Die Fiktionstheorie hat sich bis heute gehalten[2]. Die Zweckvermögenstheorie[3] ersetzte das Rechtssubjekt "Mensch" durch den "Zweck". Folgerichtig war von die-

1) II §§ 85-102.

2) Siebert (Soergel-Siebert) (Vorbem. vor § 21 Rdnr. 13) hält sie für besonders geeignet, eine gewisse Beweglichkeit in der Ausgestaltung der Rechtsfähigkeit der juristischen Person zu begründen.

3) Brinz, Pand. I S.194 ff.

sem Standpunkt aus dann die Lehre von Gustav Schwarz[1], der die Güterwelt gänzlich den Zwecken zuordnen wollte. Auch der Mensch sei nur Verwalter seiner (verschiedenen) Zweckvermögen. Ein "wirkliches Lebewesen" nahm die organische Theorie von Gierkes[2] an, die "Verbandspersönlichkeit" beim Verein, die "soziale Verbandseinheit" bei der Stiftung. Von Ihering[3] und Meurer[4] sahen die Destinatäre als die wahren Rechtssubjekte an. Nach anderer Meinung ist das Stiftungsgut den Organpersonen zuzuordnen. Dabei geht es allerdings nicht ohne eine Modifizierung des Rechtsinhalts ab. Die Verwalter haben nicht die Stellung eines Eigentümers oder sonst dinglich Berechtigten, sondern sind Träger einer amtlichen Macht[5]. Die sogenannten privaten Rechte und Verbindlichkeiten (der juristischen Person - Verf.) seien amtliche Rechte und Verbindlichkeiten der Stiftungsverwaltung[6].

Neuerdings wird versucht, die Figur der Treuhand zur Lösung des Problems heranzuziehen[7]. Danach sind die Organe der juristischen Person die wahren Rechtssubjekte; in der Ausübung ihrer Befugnisse sollen sie jedoch entsprechend dem Zweck der juristischen Person beschränkt sein.

Auch der Stifter ist als das eigentliche Rechtssubjekt angesehen worden. Rhode[8] führt eine dingliche Rechtsbeschränkung ein, bei der das Recht in seiner Gesamtheit dem Rechtsträger verbleibt und bei der trotzdem die freie Verfügungsmacht des Rechtsträgers eine Einschränkung erleidet. Bei der Stiftung verbleiben die Rechte am Stiftungsgut bei dem Stifter. Sie seien jedoch nicht frei, sondern in so hohem Maße zweckgebunden, daß der Stifter grundsätzlich niemals mehr die wirtschaftlichen Vorteile der Rechte genießen und niemals wieder darüber anders als durch den Zweckverwalter verfügen könne[9]. Es liegt auf der Hand, daß eine be-

1) ArchBürgR 32 S.28, 81.
2) Genossenschaftstheorie S.11.
3) Zweck im Recht I S.469.
4) Juristische Person S.22 f.
5) Binder S.132.
6) Hölder S.265.
7) Nebinger S.162 Anm.21.
8) Rhode S.74.
9) a.a.O.S.155.

friedigende Erklärung der Rechtsbeziehung zwischen Stiftung und Stiftungsgut bisher nicht gelungen ist. In der neueren Literatur ist man sich einig darüber, daß die Kategorien subjektives Recht und Eigentum hier nicht recht passen. Weder dem Verwalter noch den Destinatären stehe die Macht zu, die das Wesen des subjektiven Rechts ausmache[1]. Im Zeitalter des subjektiven Rechts habe man alle Gütereinheiten unter dem Gesichtspunkt der Personalbezogenheit gesehen und habe geschlossene Gütereinheiten nur als personalbezogene "Vermögen" anerkannt[2]. Bei der Stiftung handele es sich um eine entpersönlichte Gütereinheit[3]. Ballerstedt[4] spricht von einer eigentümerlosen Vermögensmasse. Nach Nipperdey[5] handelt es sich bei der Stiftung um ein Bestimmtsein von Gütern für einen gewissen Zweck. Auf diese Zweckgebundenheiten sei der allgemeine Begriff des subjektiven Rechts nicht anwendbar.

Wie bei der Rechtsstellung der Organpersonen, die der Sache nach eine Bindung von Personen an den Zweck der Stiftung ist, so kommt auch für die Zweckbestimmung der staatlichen Aufsicht über die Stiftung eine entscheidende Rolle zu. Sie macht die Zweckbestimmung des Stiftungsguts effektiv (näher unten S. 107).

IV. Verhältnis der Stiftung zu dritten Personen

Endlich bedarf das Verhältnis der selbständigen Stiftung zu dritten Personen einer kurzen Erörterung.

Im Verhältnis zu Dritten ist die Verselbständigung des Stiftungsguts vollkommen. Es haftet für Schulden weder des Stifters noch der Organpersonen. Den Gläubigern der Stiftung steht es als Befriedigungsobjekt zur Verfügung. Das alles folgt aus der Qualität der Stiftung als juristischer Person. Erreicht wird diese Verselbständigung des Stiftungsguts da-

1) Enneccerus-Nipperdey § 72 III.
2) Pleimes, Rechtsproblematik S.16.
3) Pleimes, a.a.O. S.17.
4) S.49.
5) Enneccerus-Nipperdey § 72 III.

durch, daß die Handlungen der Organpersonen, die sich innerhalb des ihnen zukommenden Aufgabenkreises halten, als Handlungen der juristischen Person angesehen werden (Organtheorie).

Trotz der unbeschränkten Rechtsfähigkeit werden der Stiftung nicht alle Handlungen zugerechnet, die die Organe in dieser ihrer Eigenschaft vornehmen. Für Rechtsgeschäfte im Namen der Stiftung gilt der Grundsatz, daß sie dann der Stiftung nicht zugerechnet werden, wenn sie gänzlich außerhalb der Tätigkeit liegen, die die Verwirklichung des Stiftungszwecks erfordert[1], und wenn das dem Vertragspartner erkennbar war. Delikte werden der Stiftung zugerechnet, wenn ein verfassungsmäßig berufener Vertreter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begeht (§§ 86, 31 BGB). Auf Einzelheiten der Haftung der Stiftung braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es genügt festzustellen, daß durch Bildung eines neuen Rechtssubjekts eine totale vermögensmäßige Verselbständigung des Stiftungsguts erzielt wird.

V. Die Sicherung der Erfüllung des Stiftungszwecks durch die staatliche Aufsicht

Die rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts unterstehen nach Landesrecht der staatlichen Aufsicht.[2] Ihre Aufgabe ist es, die Zweckbestimmtheit

1) Für den Verein: Enneccerus-Nipperdey § 109 II; Staudinger-Coing § 26 Rdnr. 9: Die Vertretungsmacht der Organe sei durch den Vereinszweck, so wie er als ein für solche Vereine typischer Dritten erkennbar sei, individualisiert und beschränkt.

2) Die rechtsfähigen Stiftungen, deren Verwaltung von einer Gemeinde (oder überhaupt einer Behörde) geführt wird, unterstehen nach den Gemeindeordnungen der Länder der Aufsicht der Kommunalaufsichtsbehörde (bzw. der vorgesetzten Behörde, RG 161/288 (293)). Für sonstige rechtsfähige Stiftungen des Privatrechts ist staatliche Aufsicht in folgenden Gesetzen angeordnet: Badisches Stiftungsges. vom 19.7.1918, GVBl. S.254 (§ 2), Bayerisches Stiftungsges. vom 26.11.1954, BayBS. II S.661 (Art.21), Berliner Stiftungsges. vom 11.3.1960, GVBl. S.228 (§ 7), Hamburgisches Ausf.Ges. zum BGB i.d.F. vom 1.7.1958, GVBl. S.196 (§ 8), ALR v. 5.2.1794 (§ 37 II 19).

des Stiftungsguts und die Bindung der Organpersonen an den Stiftungszweck effektiv zu machen. Wie weit ihr das gelingt, hängt davon ab, welche Befugnisse das staatliche Aufsichtsrecht enthält. Nach § 38 II 19 des ALR hat die Aufsicht darauf zu achten, "daß nach den vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend genehmigten Verordnungen des Stifters verfahren werde und nichts einschleiche, was dem allgemeinen Endzwecke solcher Stiftungen zuwider sei". § 7 des Berliner Stiftungsgesetzes enthält die ziemlich farblose Bestimmung, daß die Staatsaufsicht "die Rechtmäßigkeit der Verwaltung" zu überwachen habe. Im bayerischen Stiftungsrecht beschränkt sich die staatliche Mitwirkung bei der Verwaltung rechtsfähiger Stiftungen nicht auf die Aufsicht: nach Art. 21 Abs. 1 des bayerischen Stiftungsgesetzes unterstehen die Stiftungen der "besonderen Obhut" des Staates. Was damit gemeint ist, wird in Art. 22 erläutert, wonach die Stiftungsaufsichtsbehörden die Stiftungen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verständnisvoll beraten, fördern und schützen sowie die Entschlußkraft und die Selbstverantwortung der Stiftungsorgane stärken sollen.

Allgemein anerkannt ist, daß das Aufsichtsrecht die Befugnis umfaßt, für weggefallene Organe Ersatzorgane zu bestellen[1].

Der Stiftungsaufsicht kommt für den Bestand der Stiftung eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Sie erfüllt die Funktion, die sonst im Privatrecht (besonders im Schuldrecht) der Gläubiger einnimmt, der dafür sorgt, daß sein Schuldner die ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt.

Damit ist der Überblick über die dogmatische Konstruktion der Rechtsbeziehungen zwischen den an einer rechtsfähigen Stiftung beteiligten Personen beendet. Die Übertragung von Konstruktionselementen der rechtsfähigen Stiftung auf die unselbständige Stiftung setzt voraus, daß die Sachverhalte, die als unselbständige Stiftung qualifiziert wurden, eine tatsächliche Struktur aufweisen, die gleich oder ähnlich ist derjenigen, die die Sachverhalte der rechtsfähigen Stiftung haben.

1) RG 161/288 ff. (293).

2. Kapitel: Analyse der Sachverhalte, die von der Rechtsprechung als unselbständige Stiftung qualifiziert wurden. Bildung einer Typenreihe mit den Endpunkten "schuldrechtlicher Vertrag" und "Stiftung"?

I. Allgemeine Überlegungen

1. Besonderheiten des Zwecks bei der Stiftung

Bei Untersuchung der rechtsfähigen Stiftung war deutlich geworden, daß dem Stiftungszweck für das Wesen der Stiftung eine besondere Bedeutung zukommt. Er hat die Funktion, die beim Auftragsvertrag vom Auftraggeber eingenommen wird. Der Stiftungszweck erlangt dadurch eine Selbständigkeit, wie sie dem Vertragszweck bei einem Schuldverhältnis nicht zukommt. Bei einem Schuldverhältnis haben die Parteien in der Regel gegenläufige Interessen, die zum Vertragszweck erhoben werden, soweit sie nach den Erklärungen der Parteien korrespondieren. Die Verbindung zu den Interessen der beteiligten Personen bleibt bestehen, was z.B. bei der Anpassung eines Schuldverhältnisses deutlich wird, dessen Geschäftsgrundlage weggefallen ist. Für die Anpassung des Stiftungszwecks an veränderte Verhältnisse dagegen spielen die Interessen von Stifter, Organpersonen und Destinatären keine entscheidende Rolle. Zwar soll der Wille des Stifters möglichst berücksichtigt werden, in der Praxis wird bei der Änderung des Stiftungszwecks aber wohl der Gesichtspunkt des hic et nunc Möglichen und Sinnvollen zentrale Bedeutung haben. Verselbständigt ist der Stiftungszweck auch insofern, als er von den beteiligten Personen - also auch vom Stifter - nicht geändert werden kann, auch wenn sich alle Beteiligten einig sein sollten.

Der Stiftungszweck ist nur ausnahmsweise ein rein persönlicher Zweck einer

der beteiligten Personen[1]. Sicher wird es Stiftungen zugunsten einer einzigen berechtigten Person geben, bei den allermeisten Stiftungen aber wird der Stiftungszweck nicht dem Interesse einer einzigen Person dienen. In der Regel werden wohltätige, kulturelle, wissenschaftliche oder auch fromme Zwecke verfolgt. In dem Wort "stiften" klingt das Element der Menschenfreundlichkeit an[2].

2. Der Gesichtspunkt der Willensbildung

Die Eigenständigkeit des Stiftungszwecks erfordert ein Mindestmaß an Organisation. Der Stiftungszweck ist meist konkretisierungsbedürftig. Die Destinatäre müssen ausgewählt, die Stiftungsleistungen bestimmt werden. Ohne eine gewisse Willensbildung ist eine Realisierung des Stiftungszwecks in der Zeit nicht gewährleistet. Das Auftreten von Kollatoren ist deshalb zwar kein Kriterium der Abgrenzung, als Hinweis auf eine stiftungstypische Gestaltung eines Sachverhalts aber durchaus brauchbar.

3. Die beabsichtigte Dauer des Rechtsverhältnisses

Das Merkmal der Dauer hat schon einmal (vgl. oben S.48 f.) die Fragestellung der Erörterungen bestimmt, als nämlich die Frage geprüft wurde, ob eine begriffliche Abgrenzung der unselbständigen Stiftung von den "Zuwendungsgeschäften" möglich sei. Die Untersuchungen hatten ergeben, daß die beabsichtigte Dauer des Rechtsverhältnisses kein Kriterium

---

1) Nach Ansicht Hatscheks (VerwArch 19/309) muß jede moderne Stiftung den Charakter der Gemeinnützigkeit tragen. Vgl. auch § 9 der AV (vom 22.8.1958, GVBl. S.238) zum bayerischen Stiftungsges., wonach die Genehmigung zur Errichtung einer Privatstiftung nur erteilt wird, wenn wichtige Gründe vorliegen (z.B. Erhaltung wertvoller Kulturdenkmäler).

2) "Stiften" bedeutete ursprünglich bauen, festmachen. Seine heutige Bedeutung hat es erst im Frühmittelhochdeutschen erhalten, vgl. Liermann, Handbuch des Stiftungsrechts I, S.2 Anm.1.

für eine begriffliche Abgrenzung darstellte, wenn es auch in vielen Fällen durchaus nützlich sein konnte. Seine mangelnde Eignung für eine Abgrenzung im Verhältnis zu den "Zuwendungsgeschäften" braucht deshalb nicht zu bedeuten, daß es gänzlich ohne Wert wäre. Die Realisierung eines entpersönlichten Zwecks mit Hilfe einer dazu geschaffenen Organisation - das bisher gefundene Charakteristikum stiftungstypischer Sachverhalte - wird nämlich vielfach eine über einen gewissen Zeitraum sich erstreckende Einwirkung auf die Außenwelt erforderlich machen. Es steht deshalb zu erwarten, daß auch das Merkmal der Dauer ein für Stiftungssachverhalte typisches darstellt.

II. Prüfung der Stiftungssachverhalte auf das Vorliegen der erwähnten Wesenszüge hin

Die eingangs aufgeführten Sachverhalte weisen, wie sogleich zu zeigen sein wird, eine derartige "stiftungstypische" Struktur auf.

Ein entpersönlichter Zweck ist in allen Fällen anzutreffen. Fall 1 (oben S. 7): Unterstützung minderbemittelter jüngerer aktiver Offiziere. Fall 2 (oben S. 8): Verwendung der Zinsen für wohltätige Zwecke. Fall 3 (oben S. 9): Begünstigt sind die Angehörigen der 8. Batterie eines Artillerieregiments. Fall 4 (oben S. 9): Vereine und wohltätige Anstalten sollen Zuwendungen erhalten. Fall 5 (oben S. 10): Verwendung der Zinsen zu wohltätigen Zwecken. Fall 6 (oben S. 11): Begünstigt sind näher bezeichnete Lehrer an Kölner Schulen. Fall 7 (oben S. 12): Unterhaltung eines Klosters und einer Kleinkinderbewahranstalt. Fall 8 (oben S. 13): Unterhaltung einer Kleinkinderschule. Fall 9 (oben S. 13): Begünstigt sind die Angestellten eines Unternehmens. Fall 10 (oben S. 14): Erhaltung eines Erbbegräbnisses.

Eine Willensbildung zur Konkretisierung des Stiftungszwecks läßt sich in sechs Fällen nachweisen, in zwei Fällen ist sie zu vermuten. Fall 1 (oben S. 7): Der jeweilige Regimentskommandeur wählt die Destinatäre aus. Fall 2 (oben S. 8): Aus dem Sachverhalt geht nicht zweifelsfrei hervor, ob eine Organisation vorhanden ist oder nicht. Fall 3 (oben S. 9): Ein Kollator soll über die Verteilung der Nutzungen entscheiden. Fall 4 (oben S. 9): Näher bezeichnete Damen sollen bestimmungsbefugt sein. Fall 5 (oben S. 10):

Ein fünfgliedriges Kuratorium verwaltet. Fall 6 (oben S.11): Aus dem Sachverhalt geht nicht klar hervor, ob eine Willensbildung stattfindet oder nicht. Fall 7 (oben S.12): Bestimmungsbefugt sind die Schwestern der armen Dienstmädchen Christi. Fall 8 (oben S.13): Keine Organisation. Der Stiftungszweck ist nicht konkretisierungsbedürftig. Fall 9 (oben S.13): Die Verwaltung der Stiftung wird von einem Stiftungsvorstand geführt. Fall 10 (oben S.14): Keine Organisation. Der Stiftungszweck ist nicht konkretisierungsbedürftig.

Das Merkmal der Dauer ist in 9 der 10 aufgeführten Beispielsfälle anzutreffen. In Fall 10 (oben S.14) wurde die "ewige Pflege und Erhaltung" des Erbbegräbnisses angeordnet, und auch in Fall 9 (oben S.13) findet sich die Bestimmung, daß das Stiftungsvermögen "dauernd" in dem Betriebe der Stifterin weiterarbeiten sollte. In weiteren 7 Fällen ergibt sich das Merkmal der Dauer aus dem Fehlen einer zeitlichen Begrenzung und aus dem Wesen der zu verwirklichenden Aufgabe. Keine Dauerwirkung ist nur in Fall 4 (oben S.9) zu beobachten, wo eine einmalige Verteilung von insgesamt 30 000 M an wohltätige oder gemeinnützige Vereine stattfinden sollte.

Entpersönlichter Zweck, Willensbildung und Dauerwirkung erweisen sich mithin als die typischen Merkmale der Sachverhalte, die von der Rechtsprechung als unselbständige Stiftungen qualifiziert wurden. Damit wird deutlich, daß die Qualifizierung der angeführten Sachverhalte als (unselbständige) Stiftung durchaus ihre Berechtigung hat. Übrigens finden sich in der Literatur Stimmen, die die Eigenständigkeit des Zwecks auch bei der unselbständigen Stiftung hervorheben. Die Bemerkung Sieberts[1], Art und Rechtsfolgen der treuhänderischen Bindung dürften bei der unselbständigen Stiftung nicht streng dem allgemeinen Treuhandrecht entnommen werden, da das nach dem Ableben des Stifters zu einer unzweckmäßigen Beschränkung des Treuhänders führen könnte, darf wohl in diesem Sinn verstanden werden. Besonders deutlich wird die Eigenständigkeit des Stiftungszwecks auch bei der unselbständigen Stiftung bei Schreuer[2]: Der Stiftungsträger habe die Stiftung nicht nur einmal einzurichten und in laufende Verwaltung zu nehmen, sondern sie durch alle Fährlichkeiten der Zeiten, allenfalls der Jahrhunderte, lebendig zu erhalten. Er müsse den lebendigen Kern

1) Soergel-Siebert Vorbem. vor § 80 Rdnr. 6.
2) RG-Festschrift II S.326.

der Stiftung zur Geltung bringen. Er sei das vom Stifter eingesetzte Organ der eigengesetzlichen, vom Stifter eingesetzten Stiftung.

Daß die unselbständigen Stiftungen in der Regel echte Stiftungssachverhalte aufweisen, wird nicht zuletzt an der Schwierigkeit deutlich, einen konkreten Stiftungssachverhalt einer der Kategorien rechtsfähige Stiftung - unselbständige Stiftung einzuordnen[1].

III. "Stiftung" und "Schuldvertrag" als Endpunkte einer Typenreihe?

Zwischen rechtsfähiger und unselbständiger Stiftung besteht, was die Lebenssachverhalte betrifft, kein Unterschied. Es zeigt sich ein Phänomen, das bei der Erörterung des Wesens des nichtrechtsfähigen Vereins zutage getreten ist. Der nichtrechtsfähige Verein, vom BGB in § 54 dem Gesellschaftsrecht unterstellt, ist seiner Struktur nach Verein, nicht Gesellschaft. Die Einzelheiten dieser Struktur sind bekannt: Körperschaftliche Organisation, Satzung, Gesamtname, wechselnder Mitgliederbestand. Der entscheidende Wesensunterschied innerhalb der Assoziationsformen des Privatrechts liege, so formuliert es Siebert[2], nicht zwischen Gesellschaft und juristischer Person, sondern zwischen Gesellschaft und Körperschaft. Larenz[3] versucht eine Typenreihe der Assoziationsformen aufzustellen. Körperschaft und Gesellschaft sollen die Endpunkte dieser Reihe sein. Jeder konkrete Personenzusammenschluß ist in diese Reihe einzuordnen: Je nach Überwiegen der Merkmale der Gesellschaft oder derjenigen der Körperschaft findet er seinen Standort einmal näher dem Endpunkt Gesellschaft, zum anderen näher

1) Vgl. den vom Bad.-Württ. VGH in VerwRspr 8/550 entschiedenen Fall, wo die Genehmigungsbehörde der Ansicht war, der Stifter habe eine rechtsfähige Stiftung errichten wollen, während das gegen die Erteilung der Genehmigung angerufene Verwaltungsgericht das Rechtsverhältnis als unselbständige Stiftung qualifizierte.

2) Soergel-Siebert § 54 Rdnr. 1.

3) Methodenlehre S. 350.

dem Endpunkt Korporation. Der Typenreihe liegt die Erkenntnis zugrunde, daß die Möglichkeiten der Kombination gesellschaftlicher und korporativer Elemente unerschöpflich sind.
Zu erwägen ist, ob auch für das Verhältnis der Stiftung zu den Rechtsverhältnissen des Schuldrechts (bzw. Instituten des Erbrechts) eine derartige Typenreihe Verwendung finden könnte. Wie dort ist auch hier die Zahl der Variationsmöglichkeiten sehr groß. Wird z.B. jemandem ein Parkgrundstück geschenkt mit der Auflage, es für die Dauer von fünf Jahren dem Publikum offenzuhalten, so enthält dieses wohl als Auflagenschenkung zu qualifizierende Rechtsverhältnis Elemente einer Stiftung: den menschenfreundlichen Zweck, die Unbestimmtheit des Destinatärkreises. Anderseits ist eine Stiftung denkbar, die noch Elemente des Schuldverhältnisses enthält, so wenn der Stifter sich zu Nachschüssen verpflichtet, anderseits auch Rechte gegenüber der Stiftung erhält.

Gleichwohl ist die Verwendung einer Typenreihe im Verhältnis zwischen Schuldverhältnis und Stiftung nicht möglich. Bei der Typenreihe Schuldverhältnis - Korporation werden auch beim Schuldverhältnis personale Träger der Rechte und Pflichten gedacht wie bei der Gesellschaft oder der Korporation. Vergleichbare personale Träger sind bei der Stiftung nicht vorhanden. Als Endpunkt einer Reihe von Rechtsverhältnissen mit wachsender Verselbständigung des vereinbarten Zwecks kommt die Stiftung daher nicht in Betracht. Eine der Korporation vergleichbare Form für Aufgaben mit Eigengesetzlichkeit steht im Privatrecht nicht zur Verfügung. Bei der rechtsfähigen Stiftung des BGB sucht man die Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen mit Analogien zu erfassen bzw. schafft mit Personifizierung des Stiftungszwecks ein Zweiseitigkeitsverhältnis, das die Anwendung schuldrechtlicher Normen erlaubt - darin zeigt sich nur, daß eine spezifische Rechtsform für die bei der Stiftung zugrunde liegenden Sachverhalte im Grunde noch nicht gefunden ist. Eine Typenreihe aufzustellen, hat deshalb keinen Sinn, weil eine echte Alternative (wenn man diesen Ausdruck für das eine Endglied der Reihe einmal verwenden darf) zur schuldrechtlichen Bindung nicht besteht.

3. Kapitel: Die Unzulänglichkeit der Realisierung der stiftungstypischen Gegebenheiten im Schuldrecht und Erbrecht

I. Die schuldrechtliche Verpflichtung des Stiftungsträgers

Nach h.M. wird die Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck bei der unselbständigen Stiftung in einer schuldrechtlichen Verpflichtung realisiert: Die Verpflichtungen des Beschenkten aus § 525 BGB, des Treuhänders aus der Treuhandabrede, des mit einem Vermächtnis oder einer Auflage zugunsten der Destinatäre belasteten Erben oder Vermächtnisnehmers (§§ 1939, 2174, 1940 BGB), sie allesind schuldrechtliche Verbindlichkeiten.

1. Das Wesen der schuldrechtlichen Bindung

Es ist zu bezweifeln, ob das Schuldverhältnis eine geeignete Rechtsform für die Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck abzugeben vermag. Dazu bedarf es einer kurzen Betrachtung des Wesens des Schuldverhältnisses. Das Schuldverhältnis wird von Larenz[1] definiert als ein Rechtsverhältnis, in dem sich zwei oder mehrere Personen als einander zu bestimmten Leistungen berechtigt und verpflichtet gegenüberstehen. Innerhalb des Begriffs des Schuldverhältnisses pflegt man zu unterscheiden zwischen dem Schuldverhältnis im engeren und im weiteren Sinn. Während unter jenem die einzelne Leistungspflicht verstanden wird, bezeichnet dieses das gesamte Rechtsverhältnis, die "Sonderverbindung" unter den Beteiligten[2]. In diesem Sinn spricht man vom Schuldverhältnis als einem Organismus[3], einem Gefüge[4], einer Gestalt[5]. Das Schuldverhältnis ent-

1) Allg. Teil § 2 I (S.4).
2) Larenz a.a.O.
3) Planck-Siber Vorbem. I 1b vor § 241.
4) Larenz, Allg. Teil § 2 V (S.20).
5) Zepos AcP 155/486 ff. (494).

steht, bleibt über eine Zeitspanne bei Existenz und findet dann sein Ende, es erlischt. Es erlischt, indem es erfüllt wird (§ 362 Abs.1 BGB). Da aber jedes Schuldverhältnis erfüllt werden soll, gehört das Erlöschen zum Sinn des Schuldverhältnisses. Das Schuldverhältnis ist "auf ein Ende hin"[1], hat einen "finalen Sinn"[2]. Diese Bestimmung des Wesens des Schuldverhältnisses scheint auf Dauerschuldverhältnisse nicht zuzutreffen. Das Dauerschuldverhältnis sei, so heißt es bei von Gierke[3], darauf angelegt, eine konstante Wirkungskraft zu äußern. Es erlösche nicht durch Erfüllung, sein normaler Beendigungsgrund sei vielmehr Zeitablauf. Husserl[4] leugnet denn auch den finalen Sinn des Dauerschuldverhältnisses. Das Rechtsverhältnis der Miete z.B. erfülle seine Zweckbestimmung, indem und solange es bestehe. Larenz[5] ist demgegenüber der Meinung, daß auch ein Dauerschuldverhältnis einen finalen Sinn aufweise: Es erfülle seine Zweckbestimmung, indem und solange es fortdauernd erfüllt werde. In der Tat ist nicht zu verkennen, daß das Dauerschuldverhältnis, wenn es auch zunächst dazu bestimmt ist, für bestimmte oder auch unbestimmte Zeit die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien untereinander zu regeln, letzten Endes einen zeitbegrenzten Zweck hat, der infolgedessen im Zeitablauf der Erfüllung (mag diese auch ein "Zustand", kein einmaliger Vorgang sein) erreicht und damit verzehrt wird.

Ein weiteres wesentliches Merkmal des Schuldverhältnisses ist die Entsprechung von Anspruch und Verpflichtung. Beide bezeichnen dasselbe aus verschiedenen Richtungen[6]. Eine Verpflichtung ohne entsprechende Berechtigung ist dem Schuldrecht wesensfremd.

Für den Begriff des Schuldverhältnisses spielt die Leistungspflicht eine bedeutende Rolle. Sie ist bei allen Schuldverhältnissen vorhanden, sie ist das Merkmal, das die Aufstellung eines einheitlichen Begriffs des Schuldverhältnisses ermöglicht[7]. Art und Charakter des konkreten Schuld-

1) Husserl S.37.
2) Husserl a.a.O.
3) IherJb 64/359.
4) a.a.O. S.37.
5) Allg.Teil § 2 V S.21 Anm.1.
6) Enneccerus-Lehmann § 2 I.
7) Larenz, Allg. Teil § 1 S.3.

verhältnisses werden bestimmt von der (oder den) Hauptpflicht(en). Diese Funktion kann die Leistungspflicht nur erfüllen, wenn sie selbst hinreichend bestimmt ist. Zum Wesen des Schuldverhältnisses gehört deshalb das Vorhandensein einer nach Art und Inhalt festgelegten Leistungspflicht.

Es steht zu bezweifeln, ob den Gegebenheiten der Stiftungssachverhalte in einem Schuldverhältnis die sachgerechte Fassung zuteil wird.

2. Das Fehlen der Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses bei Stiftungssachverhalten

Ob das dem Schuldverhältnis zugrunde liegende Gegenüberstehen von zwei Personen bei den Stiftungssachverhalten vorhanden ist, kann mit Fug bezweifelt werden. Viele, wenn nicht gar die meisten Stiftungen werden durch Verfügung von Todes wegen errichtet. Ein Gegenüberstehen von zwei (oder jedenfalls doch einzelnen) Personen ist nur dann zu beobachten, wenn nur wenige, der Person nach bestimmte Destinatäre auftreten. Das ist aber bei den Stiftungssachverhalten nur ausnahmsweise der Fall. Bei den durch Rechtsgeschäft unter Lebenden geschaffenen Stiftungen wird verhältnismäßig oft die Situation entstehen, daß die Position des Stifters (oder seines Rechtsnachfolgers) nicht mehr ausgefüllt ist. Eine Person, der die Gläubigerrechte des Stifters zustehen könnten, ist nicht mehr vorhanden. Das Recht der Behörde, Erfüllung verlangen zu können, ist kein vollwertiger Ersatz, weil keine Anmelde- oder Genehmigungspflicht besteht, es also vom Zufall abhängt, ob die Behörde überhaupt Kenntnis vom Bestehen einer Auflage erhält, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt. Die Voraussetzung für das Verhältnis der Entsprechung von Anspruch und Verpflichtung ist damit bei dem Großteil der Stiftungssachverhalte nicht gegeben.

Nicht anders steht es in der Frage der Bestimmtheit der Leistung. Die Verpflichtungen des Stiftungsträgers lassen sich meist nicht für alle Zeiten genau bestimmen. Welche Leistungen in concreto vom Stiftungsträger zu erbringen sind, richtet sich nach verschiedenen Gesichtspunkten: der Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel und überhaupt der Art und Weise, in

der die Erfüllung des Stiftungszwecks sich in die geltenden Anschauungen über den betroffenen Lebensbereich einfügt. Die Stiftungsleistungen lassen sich nach Art, Umfang und Richtung nicht mit gleicher Genauigkeit fixieren wie das bei der Leistung aus einem Schuldverhältnis der Fall ist. Der Eignung des Schuldverhältnisses zur Schaffung einer Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck steht aber besonders sein finaler Sinn entgegen. Bei den Stiftungssachverhalten ist es gerade nicht so, daß das Rechtsverhältnis abgewickelt werden und mit der Erfüllung sein Ende finden soll. Der Idee nach soll und kann jedenfalls die Stiftung im Gegenteil über unabsehbare Zeit bei Bestand erhalten und ihre Fähigkeit zur Betätigung im Sinn des Stiftungszwecks eher noch erweitert werden. Daß das Schuldverhältnis vor allem wegen seines finalen Charakters keine sachgerechte Rechtsform für Stiftungssachverhalte darstellt, wird daran deutlich, daß bei zwei wichtigen Zuwendungsgeschäften für eine unselbständige Stiftung, der Auflagenschenkung und der Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit Auflage, wesentliche Elemente des Schuldverhältnisses preisgegeben sind. Die Auflage kann in beiden Erscheinungsformen eine dauernde Verpflichtung schaffen. Zwar gibt es auch Auflageverpflichtungen, die mit Erfüllung erlöschen, vielfach haben sie aber ein dauerndes Verhalten zum Inhalt. Das Recht der zuständigen Behörde, Erfüllung der Auflage verlangen zu können, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht (§§ 525 Abs.2, 2194 S.2 BGB), zeigt, daß Auflagen Verpflichtungen von unbegrenzter Dauer erzeugen können. Hinsichtlich der Entsprechung von Schuld und Anspruch unterscheiden sich die Auflage bei der Schenkung und die erbrechtliche Auflage. Während bei jener der Beschenkte dem Schenker Erfüllung der Auflage schuldet und der Schenker vom Beschenkten Erfüllung verlangen kann, ist dieses Entsprechungsverhältnis bei der erbrechtlichen Auflage nicht mehr vorhanden. Der Beschwerte schuldet dem Begünstigten Erfüllung, der Begünstigte kann aber nicht Erfüllung verlangen. Diese Befugnis hat der Vollziehungsberechtigte (§ 2194 BGB). Endemann[1] sprach hier mit einer gewissen Berechtigung von einer absoluten Schuldverpflichtung. Eine absolute Schuldverpflichtung ist jedoch eine contradictio in adiecto.

Auch in der Frage der Bestimmtheit der Leistungspflicht erlaubt die Auflage des Erbrechts eine verhältnismäßig weitgehende Berücksichtigung der

1) Lehrbuch Bd.1 § 47,1 S.207 Anm.1.

Eigenheiten der Stiftungssachverhalte, während die Auflage bei der Schenkung sich insoweit nicht von der gewöhnlichen schuldrechtlichen Verpflichtung entfernt. Bei der erbrechtlichen Auflage genügt eine Festsetzung des Zwecks. Die Person des Begünstigten und der Umfang der jeweiligen Zuwendung, die der (oder die) Begünstigte(n) erhalten soll(en), brauchen vom Erblasser nicht bestimmt zu werden[1].

Auch die Treuhand erlaubt in allerdings nur sehr engen Grenzen eine Berücksichtigung stiftungsmäßiger Gegebenheiten. Die Bestimmung von Richtung und Umfang der Stiftungsleistungen kann dem Treuhänder überlassen werden. Bei der Treuhand wird oft nur der Zweck der Übertragung fixiert werden. Welche Einzelverpflichtungen des Treuhänders entstehen, richtet sich nach den Weisungen des Treugebers oder auch nach den sachlichen Gegebenheiten des Treuguts. Eine Verbindlichkeit des Treuhänders ohne einen entsprechenden Anspruch des Treugebers aber gibt es nicht. Für die rechtsgeschäftlich begründete Treuhand ist ohne einen "Hintermann" nicht auszukommen[2]. Die Treuhand bietet eine geeignete Rechtsform für die Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck allenfalls bei Lebzeiten des Stifters oder eines an dem Schicksal der Stiftung interessierten Rechtsnachfolgers.

Einer dauernden Bindung steht der finale Sinn der Treuhandabrede entgegen. Gewöhnlich wird bei der treuhänderischen Übertragung die Verpflichtung des Treuhänders zur Rückgabe des Treuguts vereinbart. Eine Rückgabe des Stiftungsguts aber ist in den weitaus meisten Fällen nicht vorgesehen und braucht jedenfalls nicht vorgesehen zu sein.

Zusammenfassend ist zu bemerken, daß das Schuldverhältnis wenig geeignet ist, die Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck zu realisieren, weil eine Person, die die Funktion des Gläubigers einnehmen könnte, nicht vorhanden ist. Die Bindung entfällt völlig, wenn der Stiftungszweck geändert wird, was nach der DGO (§ 66) und den entsprechenden Vorschriften der heute geltenden Gemeindeordnungen der Länder zulässig war und ist. Denn eine Änderung des vereinbarten Zwecks, der causa, durch andere Instanzen als die Parteien vermag das Schuldverhältnis nicht zu überstehen. Außerdem besteht jederzeit die Möglichkeit für die Parteien, die Bindung einverständlich aufzuheben.

---

1) Vgl. oben S. 43; Staudinger-Seybold § 2193 Rdnr. 1.

2) Zu Recht bemerkt Hettlage (Handbuch III, § 24 I 2 (S. 184), ein echtes Treuhandverhältnis liege bei der unselbständigen Stiftung nicht vor, weil ein Treugeber meist nicht (mehr) vorhanden sei.

3. Die Unmöglichkeit, ein "Innenverhältnis" zu realisieren

In Schwierigkeiten gerät man auch bei der Frage, wie eine Pflicht des Stiftungsträgers zu schaffen ist, das Stiftungsgut wieder aufzustocken, wenn es durch seine Nachlässigkeit Schaden genommen hat. Der bei der rechtsfähigen Stiftung eingeschlagene Lösungsweg, die Annahme einer Pflicht der Organperson gegenüber der juristischen Person Stiftung zum Schadensersatz, ist hier nicht gangbar, weil die Stiftung Rechtspersönlichkeit nicht erhält, ein "Innenverhältnis" zwischen Stiftungsträger und Stiftung mithin nicht zur Entstehung kommt. Die Lösung, die das Schuldverhältnis für die angeschnittene Frage bereithält, bietet dafür aber nicht in jedem Fall einen Ersatz, sondern nur in den Fällen, wo den Destinatären - als berechtigten Dritten oder Vermächtnisnehmern - ein Erfüllungsanspruch zusteht und (oder) wo der Stifter, sein an der Erfüllung der Verpflichtung des Stiftungsträgers interessierter Erbe oder eine Person, die Vollziehung der erbrechtlichen Auflage verlangen kann, noch lebt und den Erfüllungs(Vollziehungs-) anspruch geltend macht. Dann kann der Stiftungsträger gezwungen werden, die versprochenen Stiftungsleistungen zu erbringen, ohne sich auf die Unzulänglichkeit des Stiftungsguts berufen zu können. In Fällen aber, wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, besteht keine Sicherung mehr, daß der Stiftungsträger die Stiftungsleistungen nicht einstellt, nachdem durch seine Nachlässigkeit das Stiftungsgut untergegangen ist. Eine Vereinbarung des Inhalts, daß der Stiftungsträger das Stiftungsgut in diesem Fall wieder aufstocken muß, wird nur in seltenen Fällen anzutreffen sein, und auch wo dies der Fall ist, steht diese Verpflichtung beim Fehlen einer interessierten Person auf dem Papier. Die Schwierigkeit, eine Sicherung für die Verwirklichung des Stiftungszwecks zu schaffen, wird unter diesem Aspekt besonders deutlich. Sie ergibt sich daraus, daß sich die Rechte und Pflichten, die zur Erfüllung des Stiftungszwecks entstehen müssen, in einer Person, dem Stiftungsträger, zusammenballen, ohne daß Personen vorhanden wären, die zur Ausübung von Kontrollbefugnissen geeignet wären. Die Destinatäre jedenfalls sind, da sich ihr Interesse mehr oder weniger darauf richtet, Stiftungsleistungen zu erhalten, als Kontrollpersonen ungeeignet.

II. Die Rechtsbeziehung zu den Destinatären

Die Rechtsbeziehung zu den Destinatären ist nur mit Schwierigkeiten zu erfassen, wenn die unselbständige Stiftung in der Rechtsform des Schuldverhältnisses realisiert wird.

1. Die Unmöglichkeit, Verhaltenspflichten der Destinatäre zu realisieren

Im Verhältnis zu den Destinatären steht als Konstruktionselement nur der schuldrechtliche Anspruch zur Verfügung. Er ist eine sachgerechte Rechtsform für die Einbeziehung der Destinatäre in den Bereich der Stiftung nur dann, wenn die Destinatäre nur Empfänger von Geldzahlungen oder auch Sachleistungen sein sollen. Allerdings wird dies in einem Großteil der Stiftungen der Fall sein. Nicht zu realisieren ist die engere Einbeziehung der Destinatäre in den Bereich der Stiftung, die bei der rechtsfähigen Stiftung in einem mitgliedschaftsähnlichen Rechtsverhältnis erscheint[1]. Verhaltenspflichten lassen sich nur in dem Fall begründen, daß der Destinatär mit einer Auflage belastet wird. Das ist jedoch nur dann möglich, wenn er Vermächtnisnehmer ist. Als bloß Auflagebegünstigter kann er mit einer (Unter)-Auflage nicht belastet werden[2]. Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten unselbständigen Stiftung lassen sich Verhaltenspflichten nicht begründen, da ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht geschlossen werden kann.

In der Praxis entsteht - besonders bei mildtätigen Stiftungen - das Bedürfnis, eine Pflicht der Destinatäre zur Offenlegung ihrer Vermögensverhältnisse zu schaffen. Wie man sich hier hilft, mag am Beispiel der Franz-Anton-Gering-Stiftung bei der Stadt Frankfurt/M. gezeigt werden. Diese Stiftung hat nach § 12 Abs. 2 der Verwaltungsordnung für die unselbständigen Stiftungen der Stadt Frankfurt/M.[3] die Aufga-

1) Vgl. oben S. 92.

2) Lange § 28 II, 2. Lange hält es aber für möglich, daß dem Auflagebegünstigten, der die Leistung empfangen hat, eine Unterauflage auferlegt wird, § 28 II, 3 S. 283 Anm. 8.

3) Abgedruckt im Frankfurter Stadtrecht, hrsg. vom Magistrat der Stadt Frankfurt/M., Frankfurt/M. 1955 ff., unter A IV c 1.

be, für bedürftige deutsche Frauen, die alleinstehend und unbescholten sind, billige Wohnungen zu beschaffen und zu vermieten. Gemäß § 12 Abs.4 sind die Destinatärinnen "im Mietvertrag zu verpflichten, daß sie über ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse bei jeder wesentlichen Änderung oder auf Verlangen der Stiftung Auskunft erteilen". Die Auskunftspflicht wird hier also durch Vertrag zwischen Destinatär und Stiftungsträger begründet, ein Lösungsweg, der praktikabel, aber dogmatisch unbefriedigend und nicht in jedem Fall gangbar ist. Denn wenn z.B. die Stiftungsleistung in der Zahlung eines Unterstützungsbetrages in Geld besteht, entfällt die Möglichkeit eines besonderen Vertrages neben (oder innerhalb) des Destinatärverhältnisses.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine sachgerechte Darstellung der Beziehungen zwischen Destinatär und Stiftungsträger mit dem Instrumentarium des Schuld- und Erbrechts nicht immer möglich sein wird. Auch in dieser Beziehung wird die Rechtsform des Schuldverhältnisses den Gegebenheiten der Stiftungssachverhalte nicht gerecht.

2. Schwierigkeiten bei der Darstellung der Pflichten der evtl. auftretenden Kollatoren und der Rechte der Destinatäre

Wird die Stiftung in der Rechtsform des Schuldverhältnisses realisiert, so leiten sich die Rechtsbeziehungen der beteiligten Personen untereinander aus eben diesem Schuldverhältnis ab. Soweit die Stiftung durch Verfügung von Todes wegen errichtet wird, stehen nur die Kategorien Testamentsvollstreckung, Auflage und Vermächtnis zur Verfügung.

Die Verpflichtung des Stiftungsträgers, zur Erfüllung des Stiftungszwecks tätig zu werden, entspringt dem mit dem Stifter geschlossenen Vertrage bzw. der von Todes wegen getroffenen Verfügung des Stifters. Fällt der Stiftungsträger weg (falls er eine natürliche Person ist, z.B. durch Tod), so geht die Verpflichtung auf seinen Rechtsnachfolger über. Entsprechendes gilt für den Stifter bzw. die Vollziehungsberechtigten. Auch hier erwirbt der Rechtsnachfolger des Stifters den Erfüllungsanspruch durch Sukzession.

Im Gegensatz dazu macht es keine geringen Schwierigkeiten, die Rechtsstellung der evtl. auftretenden Kollatoren und der Destinatäre zu begründen. Da die Destinatäre meist nur begünstigt werden, läßt sich ihre Rechtsstellung allenfalls mit Hilfe des Vertrages zugunsten Dritter aus dem ursprünglichen Stiftungsgeschäft ableiten. Nun sind die Anwärter für Stiftungsleistungen meist nach objektiven Merkmalen bestimmt. Beim Vertrag zugunsten Dritter brauchen die Dritten nicht bestimmt zu sein, es genügt, daß sie bestimmbar sind[1]. Gäbe es nur eine Generation von Destinatären, so könnte ihr Verhältnis zur Stiftung im Vertrag zugunsten Dritter seine sachgerechte Rechtsform finden; bei einer Vielzahl von aufeinanderfolgenden Generationen ist das jedoch recht zweifelhaft. Die Ansprüche sämtlicher möglichen Destinatäre müßten dann in dem Vertrage zwischen Stiftungsträger und Stifter bereits angelegt sein. Ob damit die Grundvorstellung des Schuldverhältnisses als einer Rechtsbeziehung zwischen bestimmten Personen noch gewahrt bleibt, ist doch sehr fraglich.

Auch bei der durch Verfügung von Todes wegen errichteten unselbständigen Stiftung ergeben sich Schwierigkeiten. Ein Anspruch des Destinatärs kommt hier nur in Frage, wenn der Anwärter als Vermächtnisnehmer qualifiziert werden kann, was nur ausnahmsweise der Fall sein wird[2]. Ist er nur Auflagebegünstigter, so ist ein klagbares Recht auf Stiftungsleistungen nicht darzustellen. Einen derartigen Anspruch auch dann anzuerkennen, wenn die Anwärter nur Auflagebegünstigte sind[3], ist solange nicht möglich, als die Grundvorstellung beibehalten wird, daß die unselbständige Stiftung in der Rechtsform des Schuldverhältnisses dargestellt wird.

Die Rechtsstellung der Destinatäre läßt sich überhaupt nicht mehr realisieren, wenn der Stiftungszweck geändert wird; denn die unselbständige Stiftung als Schuldverhältnis vermag eine Änderung des Zweckes nicht zu überstehen. Wie die geänderte Stiftungssatzung Rechtswirkungen hervorbringen soll, ist eine offene Frage.

---

1) Oertmann Vorbem. 3 vor § 328.
2) Vgl. oben S. 37, 43.
3) wie das Denecke im RGRK Anm. 2 zu § 80 tut.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet auch bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten unselbständigen Stiftung die Rechtsbeziehung zwischen den evtl. auftretenden Kollatoren und dem Stiftungsträger bzw. Stifter. Sie wird nach h.M. realisiert in einem Auftragsvertrag zwischen Kollator und Stifter. Geht die Kollatorenstellung auf den Rechtsnachfolger über, so ergeben sich kaum Schwierigkeiten. Anders verhält es sich, wenn der Kollator seine Stellung dadurch erworben hat, daß er bestimmte objektive Voraussetzungen erfüllt hat (der "jeweilige Pfarrer", "Museumsdirektor" usw.). Hier vererbt sich die Rechtsstellung nicht, sondern geht auf den Nachfolger in dem betreffenden Amt über. Wie der Eintritt des zweiten Kollators in den Bereich der Stiftung dogmatisch zu rechtfertigen ist, ist unerfindlich.

Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die Vereinbarung zwischen Stiftung und Stiftungsträger als Rechtsquelle für alle entstehenden Rechtsbeziehungen überfordert wird, wenn man sie als schuldrechtlichen Vertrag ansieht. Nicht anders steht es mit den erbrechtlichen Instituten des Vermächtnisses und der Auflage. Im ganzen ist festzustellen, daß in allen diesen Rechtsbeziehungen mit den Kategorien des Schuldrechts und des Erbrechts eine sachgerechte Darstellung stiftungsmäßiger Gegebenheiten nicht zu erreichen ist.

III. Das Eigentum am Stiftungsgut

Auch die Rechtsstellung des Stiftungsguts innerhalb des Gesamtkomplexes Stiftung bereitet erhebliche Schwierigkeiten.

Eingehendere Untersuchungen erübrigen sich hier, da auf die von Pleimes[1] erzielten Ergebnisse zurückgegriffen werden kann, daß nämlich die Kategorie Eigentum wenig geeignet ist, um die Gegebenheiten der Stiftungssachverhalte darzustellen. Die Zweckbestimmung des Stiftungsguts, die bei der rechtsfähigen Stiftung realisiert wird, indem das Konstruktionselement juristische Person eingeführt wird, läßt sich ohne dieses Hilfsmittel nur sehr unvollkommen darstellen. Molitor[2] hat recht,

1) Rechtsproblematik S.26.
2) Öffentliches Recht und Privatrecht S.47.

wenn er feststellt, daß die Zweckbindungen des Eigentums noch nicht genauer erforscht seien. Die Möglichkeiten der Zweckbindung sind sehr begrenzt[1]. Das praktisch bedeutsamste Beispiel für ein zweckgebundenes Eigentum ist das treuhänderische Eigentum. Hier kann mit Hilfe einer Bedingung die dingliche Rechtsstellung von der causa abhängig gemacht werden. Für das Vollstreckungsrecht bedarf es eines solchen Hilfsmittels nicht einmal, dort ist die Zweckbindung anerkannt[2].

Bei den möglichen Zweckbindungen von Eigentum, vor allem bei der Treuhand, ist allerdings eine Voraussetzung gegeben, die bei den Stiftungssachverhalten fehlt: Es sind die Interessen zweier (oder mehrerer) Personen verstrickt. Die Möglichkeit, die Zweckbindung des Eigentums durch Spaltung des Vollrechts zu realisieren[3], ist bei der Stiftung nicht gegeben, weil die andere interessierte Person fehlt, an ihrer Stelle der Zweck der Stiftung steht. Eine wirksame Zweckbindung läßt sich nicht erzielen. Sicher bietet die Verteilung von Kompetenzen auf verschiedene Personen eine gewisse Gewähr dafür, daß stiftungswidrige Verfügungen unterbleiben, eine wirksame Sicherung ist deshalb nicht zu erreichen, weil eine Person Eigentümer sein muß und deren Verfügungsrecht wegen § 137 BGB nicht beseitigt werden kann. Außerdem kann die Gefahr nicht gebannt werden, daß sich die Personen, auf die der Eigentumsgehalt verteilt ist, einverständlich über die Zweckbestimmung des Stiftungsguts hinwegsetzen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß auch in dieser Rechtsbeziehung den Gegebenheiten der Stiftungssachverhalte mit der verwendeten Kategorie Eigentum eine sachgerechte Rechtsform nicht zuteil wird.

---

1) Übersicht bei Molitor, Festschrift für Schultze S.38 ff.
2) Vgl. oben S.29.
3) Molitor, Festschrift für Schultze, S.41.

IV. Das Verhältnis zu dritten Personen

Im Verhältnis zu dritten Personen läßt sich die Eigenständigkeit des Stiftungszwecks nicht verwirklichen, weil eine gegenüber Dritten wirksame Entpersönlichung nicht stattfindet. Das Stiftungsgut wird nicht zu einer Haftungseinheit, es bleibt Bestandteil des Vermögens des Stiftungsträgers.

V. Das Fehlen einer staatlichen Aufsicht bei der unselbständigen Stiftung

Die Inkongruenz zwischen den tatsächlichen Gegebenheiten und der Struktur der bei der unselbständigen Stiftung verwendeten Konstruktionselemente könnte hingenommen werden, wenn durch staatliche Beaufsichtigung gewährleistet wäre, daß der Stiftungsträger die eingegangene bzw. durch Verfügung von Todes wegen erworbene Verpflichtung einhält, den Stiftungszweck zu realisieren. Eine allgemeine Staatsaufsicht findet aber bei der in den Rechtsformen des Schuldrechts und des Erbrechts realisierten unselbständigen Stiftungen nach geltendem Recht nicht statt[1)2)]. Es fehlt überdies insofern an den Voraussetzungen für eine derartige Aufsicht, als eine Genehmigung für unselbständige Stiftungen nicht erforderlich ist[3)] und es eine Pflicht zur Anmeldung o.ä. nicht gibt. Es besteht daher keine Gewähr dafür, daß die Aufsichtsbehörde Kenntnis vom Bestehen einer unselbständigen Stiftung erlangt, wenn diese - was nach vorherrschender Ansicht möglich ist - durch Zuwendung an eine natürliche Person errichtet wurde. Wenn aber, wie in Fällen dieser Art, eine Sicherung für die Realisierung des Stiftungszwecks effektiv nicht besteht, so kann von einer

1) Ballerstedt S.17.

2) Die naturrechtliche Dogmatik und noch das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch hatten die unselbständige Stiftung der gleichen staatlichen Aufsichtsgewalt und dem gleichen Zweckänderungsrecht unterstellt wie die selbständige Hauptgeldstiftung, vgl. Pleimes, Irrwege S.94.

3) Zuwendungen an inländische juristische Personen sind seit dem Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl. I S.33) nicht mehr genehmigungspflichtig (2.Teil Art.2 Abs.1 des Ges.).

Stiftung im Rechtssinn nicht mehr die Rede sein. Denn hier hängt die Verwirklichung des Stiftungszwecks vom guten Willen des Stiftungsträgers ab; von einer unselbständigen Stiftung im Rechtssinn kann man aber nur sprechen, wenn ein Mindestmaß an rechtlicher Sicherung für die Verwirklichung des Stiftungszwecks geschaffen wird.

4. Kapitel: Die unangemessene Differenzierung der Rechtsfolgen bei der unselbständigen Stiftung gegenüber der rechtsfähigen Stiftung

Die Realisierung der unselbständigen Stiftung in den Kategorien des Schuld- und Erbrechts führt zu praktisch bedeutsamen Abweichungen in den Rechtsfolgen gegenüber der rechtsfähigen Stiftung. Diese Unterschiede, die z.T. schon in den vorangegangenen Erörterungen deutlich wurden, sollen hier noch einmal zusammengefaßt gegenübergestellt werden.

Oben S.112 war dargelegt worden, daß die der unselbständigen Stiftung zugrunde liegenden Sachverhalte eine stiftungstypische Gestaltung aufweisen, indem dort nämlich bei allen oder beim überwiegenden Teil ein entpersönlichter Zweck über eine längere Zeitspanne verfolgt wurde und dazu eine mehr oder weniger organisierte Willensbildung stattfand. Die mit der Qualifikation eines Sachverhalts als unselbständige Stiftung ausgelösten Rechtsfolgen müßten deshalb, wenn sie sachgerecht sein sollten, den bei der rechtsfähigen Stiftung entstehenden entsprechen. Denn für die Frage, welche Rechtsfolgen bei einem Stiftungssachverhalt sachgerecht sind, ist in erster Linie die vom Gesetzgeber getroffene Wertung, also die im BGB enthaltene Regelung der Stiftung, maßgeblich. Eine unterschiedliche Ausgestaltung der beiden Rechtsformen bei der Stiftung ist nur insoweit berechtigt, als die (bei der rechtsfähigen Stiftung vorhandene, bei der unselbständigen Stiftung fehlende) Rechtsfähigkeit in Frage steht. Soweit darüber hinaus eine unterschiedliche Rechtslage entsteht, fehlt es dafür an der Rechtfertigung. Die rechtliche Ausgestaltung ist insoweit nicht sachgerecht.

I. Die Rechtsstellung des Stifters

Die Rechtsstellung des Stifters weist bei beiden Gestaltungsformen der Stiftung bedeutende Unterschiede auf. Das gilt besonders für die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten Stiftungen.

1. Die Autonomie des Stifters bei beiden Rechtsformen

Bei der rechtsfähigen Stiftung kann, wie oben S. 76 dargelegt wurde, der Stifter Klage im Verwaltungsstreitverfahren anstrengen, wenn seinem Stiftungsentwurf die Genehmigung verweigert wird. Ob der von ihm gesetzte Stiftungszweck rechtliche Anerkennung findet, richtet sich mithin danach, ob bei dem Genehmigungsverfahren das Ermessen richtig gehandhabt wurde. Die Autonomie des Stifters findet erst dort ihre Grenze, wo die Genehmigungsbehörde ihre ablehnende Entscheidung auf einen in der Sache liegenden Grund stützen kann. Bei der unselbständigen Stiftung dagegen ist eine Überprüfung der ablehnenden Entscheidung der als Stiftungsträger in Aussicht genommenen Person nicht möglich. Es handelt sich bei der vom Stifter unter Lebenden abgegebenen Erklärung um ein Vertragsangebot, das ohne Angabe eines Grundes abgelehnt werden kann. Nicht anders steht es bei der letztwillig errichteten unselbständigen Stiftung: die als Stiftungsträger in Aussicht genommene Person kann die Erbschaft bzw. das Vermächtnis ausschlagen, ohne über ihre Gründe Rechenschaft ablegen zu müssen. Dies gilt auch in dem Fall, daß eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Stiftungsträger in Aussicht genommen ist. Eine Gewähr für den Stifter, daß die Stiftung zustandekommt, besteht also auch dann nicht, wenn ein in der Sache liegender Grund zur Ablehnung nicht gegeben ist.

Unter einem anderen Gesichtspunkt reicht dagegen die Autonomie des Stifters bei der unselbständigen Stiftung weiter als bei ihrem rechtsfähigen Gegenstück. Während bei dieser der Zweck geeignet sein muß, eine gewisse Anerkennung in der Gemeinschaft zu finden, endet die stifterische Freiheit bei jener, da es sich bei der unselbständigen Stiftung um ein Schuldverhältnis handelt, erst an der von den §§ 134 und 138 BGB gezogenen Grenze. Die Ergebnisse fallen mithin sehr verschie-

den aus, je nachdem, ob man einen Stiftungssachverhalt als rechtsfähige oder als unselbständige Stiftung qualifiziert.

2. Die Rechte und Pflichten des Stifters

Auch unter diesem Aspekt ergeben sich erhebliche Unterschiede bei beiden Rechtsformen. Betrachtet man zunächst die Frage, ob eine Bindung des Stifters eintritt, d.h. eine Verpflichtung, den zugesagten Gegenstand (auf die Stiftung oder den Stiftungsträger) zu übertragen, so ergibt sich für die rechtsfähige Stiftung aus § 82 S.1 BGB, daß der Stifter mit Genehmigung der Stiftung gebunden ist. Bei der unselbständigen Stiftung dagegen entsteht nicht in jedem Fall eine Bindung. Handelt es sich um eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtete unselbständige Stiftung, so ist der Stifter nur dann gebunden, wenn das "Zuwendungsgeschäft" als Auflagenschenkung zu qualifizieren ist und wenn sein Versprechen, einen Vermögensgegenstand stiften zu wollen, notariell beurkundet wurde (§ 518 S.1 BGB). Ist dagegen das "Zuwendungsgeschäft" als Treuhand zu qualifizieren, so entsteht eine Bindung, da es an einem eigenen Interesse des Stiftungsträgers fehlt, in der Regel nicht. Das Gegenteil gälte nur dann, wenn die Auslegung des konkreten Treuhandverhältnisses ergäbe, daß eine Bindung verabredet war. Bei der durch Verfügung von Todes wegen begründeten unselbständigen Stiftung entsteht eine Verpflichtung (der Erben), wenn der Stiftungsträger Vermächtnisnehmer wurde. War er dagegen zum Erben eingesetzt, so stellt sich die Frage nach einer Bindung nicht, weil das Stiftungsgut durch den Erbfall auf den Stiftungsträger übergeht.

Von besonderer Bedeutung wird die Qualifizierung eines Stiftungssachverhalts als rechtsfähige oder unselbständige Stiftung für die Frage, ob ein Erfüllungsanspruch des Stifters entsteht. Bei der rechtsfähigen Stiftung ist dies niemals der Fall, bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten unselbständigen Stiftung ist es die Regel. Ist das "Zuwendungsgeschäft" eine Verfügung von Todes wegen, so kann zwar von einem Erfüllungsanspruch nicht die Rede sein, eine völlige Lösung des Bandes zwischen der Stifterseite und dem Stiftungsträger tritt aber - jedenfalls wenn die Pflicht zur Erfüllung des Stiftungszwecks in Form der Auflage er-

scheint - auch hier nicht ein, da die Erben Vollziehung der Auflage verlangen können.

Unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben sich auch bei der Frage, ob der Stifter bzw. seine Erben Rückgabe des Stiftungsguts verlangen können, wenn die Erreichung des Stiftungszwecks unmöglich wird. Die rechtsfähige Stiftung trifft in diesem Fall keine Rückgabepflicht, während bei der unselbständigen Stiftung der Stiftungsträger das Stiftungsgut ganz (falls die unselbständige Stiftung als Treuhandgeschäft realisiert wurde) oder teilweise, nämlich soweit es zur Erfüllung des Stiftungszwecks zu verwenden war (falls die unselbständige Stiftung als Auflagenschenkung bzw. Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) unter Auflage begründet wurde) an den Stifter oder seine Erben bzw. die Person herausgeben muß, der der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. So konnten im Fall 1 (oben S. 7), wo das Rechtsverhältnis als unselbständige Stiftung qualifiziert wurde, die Erben des Stifters Rückgabe des Stiftungsguts verlangen. Ein derartiges Recht hätte ihnen dagegen nicht zugestanden, wenn die Stiftung als rechtsfähige begründet worden wäre.

Gerade im Verhältnis zwischen dem Stifter und dem Empfänger des Stiftungsguts zeigen sich die aus der zugrunde liegenden tatsächlichen Gestaltung der Stiftungssachverhalte nicht zu rechtfertigenden Unterschiede in den Rechtsfolgen. Sie machen sich nur deshalb nicht unliebsam in der Praxis bemerkbar, weil der Stifter vielfach bald nach Errichtung der Stiftung stirbt und seine Erben nichts von der Stiftung wissen oder an ihrem Schicksal nicht interessiert sind, ihre evtl. entstehenden Rückforderungsrechte also nicht mehr ausüben.

II. Die Rechtsstellung der Destinatäre

Auch in dieser Rechtsbeziehung ist es von entscheidender Bedeutung, ob ein Stiftungssachverhalt als rechtsfähige oder als unselbständige Stiftung qualifiziert wird. Im ersten Fall lassen sich klagbare Ansprüche der Destinatäre ohne größere Schwierigkeit aus der Satzung direkt oder nach Zuerkennung durch die dazu berufenen Organe herleiten. Bei der unselbständi-

gen Stiftung dagegen ist dies nur dann möglich, wenn die Stiftung als Vertrag zugunsten Dritter (sofern sie durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet wurde) angesehen werden kann oder in Form der Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit Anordnung eines Vermächtnisses (Untervermächtnisses) begründet wurde. Keine Ansprüche der Destinatäre entstehen dagegen, wenn die unselbständige Stiftung in Gestalt der Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit Auflage realisiert wurde. Als Beispiel kann hier Fall 6 (oben S.11) ins Feld geführt werden. Hätte man das Rechtsverhältnis als rechtsfähige Stiftung qualifiziert, so wäre kein Zweifel gewesen, daß die Destinatäre einen klagbaren Anspruch erworben hätten. Denn da die Stiftungsleistungen den "zehn dienstältesten aktiven Lehrern und Lehrerinnen von Volksschulen der Alt- und Neustadt Kölns" zukommen sollten, wäre die ausreichende Bestimmbarkeit der Destinatäre, das Merkmal für einen unmittelbaren Erwerb der Destinatärqualität, gegeben gewesen. Da das RG jedoch eine unselbständige Stiftung annahm, mußte es konsequenterweise die Entscheidung davon abhängig machen, ob die Lehrer als Vermächtnisnehmer oder Auflagebegünstigte zu qualifizieren waren. Angesichts der beschränkten Verwendbarkeit des Vermächtnisses für die Destinatärstellung (vgl. oben S.37) war damit praktisch die Möglichkeit verschüttet, einen klagbaren Anspruch der Destinatäre zu realisieren. Gerade dieser Fall ist geeignet, die erheblichen praktischen Auswirkungen der These anschaulich zu machen, die unselbständige Stiftung sei mit den Kategorien des Schuld- und Erbrechts erschöpfend zu erfassen.

Unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben sich auch hinsichtlich einer evtl. beabsichtigten Pflichtenstellung der Destinatäre, die bei der rechtsfähigen Stiftung aus dem mitgliedschaftsähnlichen Rechtsverhältnis der Destinatäre zur Stiftung abgeleitet werden kann. Sieht man in einem Stiftungssachverhalt dagegen eine unselbständige Stiftung, so entstehen Pflichten für die Destinatäre nur in dem Fall, daß die Destinatäre Vermächtnisnehmer und mit einer Auflage beschwert werden; bei anderen Erscheinungsformen der unselbständigen Stiftung kann es dagegen keine Pflichten der Destinatäre geben.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß in verschiedenen, nicht mit der Frage der juristischen Person zusammenhängenden Beziehungen es für die entstehenden Rechtsfolgen von erheblicher praktischer Bedeutung

ist, ob man einen (Stiftungs)sachverhalt als rechtsfähige oder unselbständige Stiftung qualifiziert. Angesichts der - auch in der Schwierigkeit der Einordnung eines konkreten Stiftungssachverhalts zutage tretenden - Strukturgleichheit der Stiftungssachverhalte sind diese Differenzierungen in den Rechtsfolgen nicht berechtigt, ist die bei der unselbständigen Stiftung bestehende, gegenüber der Rechtslage bei der rechtsfähigen Stiftung besondere Regelung nicht sachgerecht.

TEIL III :

Versuch einer Neubestimmung des Begriffs der unselbständigen Stiftung nach Inhalt und Anwendungsbereich

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß dem Begriff der unselbständigen Stiftung in der privatrechtlichen Dogmatik ein eigener Gehalt nicht zukommt. In den "Zuwendungsgeschäften", also namentlich der Treuhand, läßt sich aber das Wesen der Stiftungssachverhalte nicht völlig ausschöpfen. Das verwendete Konstruktionselement schuldrechtliche Verpflichtung ist seiner Struktur nach nicht geeignet, eine wirksame Bindung des Stiftungsträgers an einen entpersönlichten Stiftungszweck zu realisieren. Ebensowenig konnte die Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts dargestellt werden, da ein auch nach außen wirksamer Ausschluß stiftungswidriger Verfügungen über Stiftungsgut wegen § 137 BGB nicht möglich ist. Bei der rechtsfähigen Stiftung wird schon die Konsequenz aus der Erkenntnis gezogen, daß eine privatrechtliche Sicherung für die Verwirklichung des Stiftungszwecks nicht zu erzielen ist. Dort ist es die staatliche Aufsicht, die dafür sorgt, daß der Wille des Stifters eingehalten wird. Wenn es daher einen Sinn haben soll, einen Begriff unselbständige Stiftung zu prägen und zu gebrauchen, so wird es auch hier entscheidend auf die Mitwirkung staatlicher Stellen ankommen. Wo eine Beaufsichtigung stattfindet, bietet sich die Möglichkeit, stiftungstypische Gegebenheiten (insbesondere die Bindung von Personen an einen entpersönlichten Zweck) darzustellen.

Der öffentlich-rechtlichen Aufsicht unterliegen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, also vor allem die Gebietskörperschaften. Die Tätigkeit der Gemeindeverwaltung ist bekanntlich Gegenstand teils der Kommunalaufsicht, teils der Fachaufsicht. Mit einer Einbeziehung der Verwaltung der an eine Gemeinde angelehnten unselbständigen Stiftungen in diesen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang ließe sich möglicherweise eine Sicherung dafür schaffen, daß der Wille des Stifters vom Stiftungsträger eingehalten wird.

Wie die Verwaltung von unselbständigen Stiftungen durch juristische Personen des öffentlichen Rechts geführt wird, läßt sich am Beispiel

der von einer Gemeinde getragenen unselbständigen Stiftung besonders gut sehen, weil hier verhältnismäßig eingehende gesetzliche Bestimmungen anzutreffen sind. In der ehemaligen DGO und in den Gemeindeordnungen der deutschen Länder finden sich nämlich Vorschriften über die Verwaltung von unselbständigen Stiftungen durch die Gemeinde. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, welche Möglichkeiten der öffentlich-rechtliche Funktionszusammenhang zur Realisierung stiftungstypischer Gegebenheiten bietet.

1. Kapitel: Das Funktionieren der unselbständigen Stiftung in der Praxis am Beispiel der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung

Für einen Großteil der unselbständigen Stiftungen sind die Gemeinden der Stiftungsträger. Es ist deshalb auch nicht verwunderlich, daß sich hier zuerst eine gesetzliche Regelung für die Verwaltung gebildet hat. Die DGO vom 30.1.1935[1] stellte in § 66 Normen für die Verwaltung unselbständiger Stiftungen auf. Entsprechende Vorschriften, die z.T. fast wörtlich mit dem Text des § 66 DGO übereinstimmen, enthalten die jetzt geltenden Gemeindeordnungen der Länder[2].

1) RGBl. I S.49.

2) Baden-Württemberg: Gem.O vom 25.7.1955, GBl. S.129 (§ 84);
Bayern: Gem.O vom 25.1.1952, BayBS. I S.461 (Art.67 Abs.3), § 69 der Ausf. VO zum Stiftungsgesetz;
Bremen: Verfassung für die Stadt Bremerhaven vom 4.11.1947, GBl. S.291 (§ 57);
Hessen: Gem.O. i.d.F. vom 1.7.1960, GVBl. S.103 (§ 97);
Niedersachsen: Gem.O. i.d.F. vom 18.4.1963, GVBl. S.255 (§ 88);
Nordrhein-Westfalen: Gem.O vom 28.10.1952, GSNW. S.167 (§ 67);
Rheinland-Pfalz: Selbstverwaltungsgesetz in der Neufassung vom 25.9.1964, BS Nr. 2020-1 (§ 79);
Saarland: Kommunalselbstverwaltungsgesetz vom 15.1.1964, ABl. S.123 (§ 82);
Schleswig-Holstein: Gem.O vom 24.1.1950, GVBl. S.25 (§ 81).

Für Niedersachsen ist es § 88 NGO[1]. Diese Vorschrift gilt für rechtsfähige und fur unselbständige gemeindeverwaltete Stiftungen, wie in der Ausführungsbestimmung[2] zu § 88 NGO ausdrücklich festgestellt ist.

I. Die Realisierung der Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck

Die Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck kann in Form einer vom Gesetz geschaffenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Stiftungsträgers erscheinen. Bei der gemeindeverwalteten Stiftung ist das, wie sogleich zu zeigen sein wird, der Fall. Eine (zusätzliche) Bindung wird dadurch erreicht, daß die Haushaltsführung der als Stiftungsträger in Frage kommenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts einer mehr oder weniger eingehenden Kontrolle unterliegt. Im Gemeinderecht treffen diese beiden Erscheinungsformen der Bindung zusammen.

---

1) § 88 NGO hat folgenden Wortlaut:

"1. Örrliche Stiftungen mit Ausnahme derjenigen Stiftungen, die ausschließlich kirchlichen Zwecken zu dienen bestimmt sind, verwalten die Gemeinden nach den Vorschriften dieses Gesetzes, soweit nicht durch Gesetz oder Stiftungsurkunde anderes bestimmt ist. Das Stiftungsvermögen ist von dem übrigen Gemeindevermögen getrennt zu halten und so anzulegen, daß es für seinen Verwendungszweck greifbar ist.

2. Ist die Erfüllung des Stifrungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet die Stiftung das Gemeinwohl, so sind die Vorschriften des § 87 des Bürgerlichen Gesetzbuches anzuwenden. Die Umwandlung des Stiftungszwecks, die Aufhebung der Stiftung und die Entscheidung über die Verwendung des Stiftungsvermögens stehen den Gemeinden zu; sie bedürfen dazu der Genehmigung der Aufsichtsbehörde."

2) Ausf. Best. zur NGO, Runderlaß des MdI vom 2.8.1955, NdsMBl. S.646 ff. (S.656).

1. Zweckbindung durch öffentlich-rechtliche Pflichten zur Verwaltung der Stiftung

Auf Grund der Verweisung des § 88 NGO auf die Vorschriften der Gemeindeordnung gilt auch für die Verwaltung der unselbständigen Stiftungen der Grundsatz, daß das Gemeindevermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten ist (§ 82 Abs. 1 NGO). Inhaltlich unterscheidet sich diese Pflichtenstellung nicht von derjenigen der Organperson bei einer rechtsfähigen Stiftung. Ebenso verhält es sich mit der in § 88 Abs. 1 S. 2 NGO angeordneten Pflicht zur getrennten Verwaltung des Stiftungsvermögens: Das Stiftungsgut ist so anzulegen, daß es für seinen Verwendungszweck greifbar ist. Die in § 5 der Sächsischen Gemeindewirtschaftsordnung vom 26.3.1934[1] enthaltene Vorschrift, daß der Ertrag des Stiftungsvermögens nur für den Stiftungszweck verwendet werden dürfe, wurde in die DGO (und die NGO) nicht aufgenommen. Sie sei selbstverständlich, meint Theißig[2].

Effektiv wird die Bindung des Stiftungsträgers Gemeinde an den Stiftungszweck durch die Kommunalaufsicht. Sie erstreckt sich auch auf die Verwaltung der Stiftungen[3].

Das Gemeinderecht bietet auch eine gewisse Sicherung gegen unangebrachte Änderungen des Zwecks einer unselbständigen Stiftung. Zwar haben die Gemeindeordnungen der Länder die Befugnis dazu den Gemeinden übertragen[4], was für den Bestand der Stiftungen eine gewisse Gefahr

---

1) GBl. S. 39.

2) Kunz-Guba-Theißig § 66 DGO Erläuterung 3a.

3) Lindemann, Kommentar zur NGO Anm. zu § 88; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht S. 123.

4) Baden-Württemberg: § 84 Abs. 2; Bayern: Art. 74 Abs. 3 (nach Ansicht Gönnenweins (§ 76, 2 Anm. 17 (S. 453)) gilt dieser Artikel weiter bzw. ist sein Inhalt gewohnheitsrechtlich anerkannt, obwohl er durch das bayerische Stiftungsgesetz aufgehoben wurde); Bremerhaven: § 57 Abs. 2; Hessen: § 97 Abs. 2; Niedersachsen: § 88 Abs. 2; Nordrhein-Westfalen: § 67 Abs. 2; Rheinland-Pfalz: § 79 Abs. 2; Saarland: § 82 Abs. 3; Schleswig-Holstein: § 81 Abs. 2. Wegen der Fundstellen vgl. oben S. 134 Anm. 2.

darstellen kann. Da die Änderungs- und Aufhebungsbeschlüsse der Gemeinden jedoch in fast allen Bundesländern[1] der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfen[2], ist der Spielraum für stiftungswidrige Beschlüsse verhältnismäßig eng.

Wegen der Voraussetzungen für eine Änderung des Stiftungszwecks bzw. Aufhebung der Stiftung wird in den Gemeindeordnungen meist auf § 87 BGB Bezug genommen. Der Zweck einer unselbständigen Stiftung kann also nur geändert werden, wenn die weitere Erfüllung unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährden würde[3].

2. Zweckbindung durch das Haushaltsrecht

Die Verpflichtung zu ordnungsgemäßer Verwaltung der unselbständigen Stiftung wird durch die Pflicht zur Rechnungslegung gewährleistet. Da das Stiftungsgut in das Eigentum der Gemeinde übergeht, erscheint es in der gemeindlichen Vermögensrechnung (§ 119 Abs.2 NGO). Ob sie richtig aufgestellt ist, d.h. ob das Vermögen vollständig erfaßt und richtig bewertet wurde[4], ist Gegenstand der Rechnungsprüfung (§ 120 Abs.1 Ziff.4 NGO). Bei Stiftungen, deren Stiftungsgut Erträge abwirft, besteht eine weitere Sicherung. Gemäß § 108 Abs.1 NGO muß der Haushaltsplan alle voraussehbaren Einnahmen und Ausgaben des kommenden Haushaltsjahres enthalten. Die Einnahmen aus dem Stiftungsgut erscheinen in der Regel im ordentlichen Haushalt, müssen dort aber spezifiziert

1) In Baden-Württemberg besteht nur eine Vorlegungspflicht.
2) Vgl. die S.136 Anm.4 angegebenen Gesetzesbestimmungen
3) Anders ist die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, wo zusätzlich auf das preußische Gesetz über Änderungen von Stiftungen vom 10.7.1924 (GS.S.575) verwiesen wird. Der Zweck einer Stiftung kann also auch dann geändert werden, wenn sich die Verhältnisse in anderer Weise (d.h. weder Unmöglichkeit noch Gefährdung des Gemeinwohls) wesentlich geändert haben.
4) Bollig, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis III § 66 III 1 a dd (S.537).

werden (§ 5 Abs.2 Ziff.1 GemHVO[1]). Ebenso steht es mit den Ausgaben (§ 5 Abs.2 Ziff.2 GemHVO). Die Einnahmen und die Ausgaben müssen unter Angabe eines bestimmten Entstehungsgrundes oder Einzelzweckes veranschlagt werden (§ 11 Abs.2 GemHVO). Daß die Einnahmen aus den Erträgen des Stiftungsguts zur stiftungsgemäßen Verwendung zweckgebunden werden können[2], ergibt sich aus § 12 GemHVO. Dessen Voraussetzung, daß sich die Beschränkung der Einnahmen aus dem Stiftungsgut auf die Verwendung für Stiftungszwecke (z.B.) aus der Herkunft der Einnahme oder aus ihrer Natur ergeben müsse, ist bei Einnahmen aus Stiftungsgut erfüllt.

Ist ein Sonderhaushaltsplan für das Vermögen der unselbständigen Stiftung aufgestellt, was nach § 47 Abs.1 S.2 GemHVO zu geschehen hat, wenn die Veranschlagung der Einnahmen und Ausgaben im Haushaltsplan der Gemeinde nicht zweckmäßig ist, so ergibt sich die Zweckbestimmung von Einnahmen und Ausgaben ohne weiteres.

Haushaltsplan und Sonderhaushaltspläne unterliegen der Rechnungsprüfung (§ 120 NGO). Inhaltlich erstreckt sich die Prüfung darauf, ob der Haushaltsplan eingehalten ist, ob die einzelnen Rechnungsbeträge sachlich und rechnerisch in vorschriftsmäßiger Weise begründet und belegt sind und ob bei den Einnahmen und Ausgaben des gemeindlichen Geld- und Vermögensverkehrs nach den bestehenden Gesetzen und Vorschriften unter Beachtung der maßgebenden Verwaltungsgrundsätze und der gebotenen Wirtschaftlichkeit verfahren ist (§ 120 Abs.1 Ziff.1-3 NGO).

Der Überblick über die Verwaltung und Rechnungsführung bei der unselbständigen Stiftung macht deutlich, daß der Spielraum für ein stiftungs-

---

1) Die GemHVO gilt in den meisten Bundesländern weiter. Nur Baden-Württemberg, Hessen und Nordrhein-Westfalen haben neue Gemeindehaushaltsverordnungen geschaffen (in Baden-Württemberg teilweise Neuregelung), die sich jedoch eng an die GemHVO von 1937 anlehnen; wegen Einzelheiten vgl. Loschelder-Giere, Gemeindehaushaltsrecht S. 8 ff.

2) Bekanntlich sind Zweckbindungen von Einnahmen der Gemeinde wegen des Gesamtdeckungsgrundsatzes nur ausnahmsweise zulässig, vgl. Loschelder-Giere S.113.

widriges Verhalten des Stiftungsträgers nicht allzu groß ist. Solange sich die Verwaltung der Gemeinden überhaupt nach den Prinzipien des Rechtsstaats richtet, bietet die Wechselbeziehung zwischen öffentlich-rechtlicher, auf Gesetz beruhender Pflicht des Stiftungsträgers, die Stiftung ordnungsmäßig zu führen, und der Aufsicht über die Erfüllung dieser Pflichten eine gute Gewähr dafür, daß der Stiftungszweck eingehalten wird. Nicht zuletzt trägt die Publizität der Gemeindeverwaltung dazu bei, eine Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck zu realisieren.

II. Die Realisierung der Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts

Bei der Lehre von der Treuhand hat man schon immer mit der Schwierigkeit zu kämpfen gehabt, daß sich für den Treugeber ein wirksamer Schutz vor treuwidrigen Verfügungen des Treuhänders nicht schaffen läßt. Bei der von der Gemeinde verwalteten unselbständigen Stiftung wird nun, wie sogleich zu zeigen sein wird, die Zweckbestimmung des Stiftungsguts durch ein System öffentlich-rechtlicher Vorschriften verwirklicht.

1. Öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Verfügungsfreiheit

Wird das Stiftungsgut bei Errichtung der Stiftung einer natürlichen Person zugewendet, was nach h.M. zwar unzweckmäßig, aber nicht begrifflich ausgeschlossen ist[1], so unterliegt es grundsätzlich der in § 903 BGB enthaltenen Befugnis des Stiftungsträgers, mit dem Stiftungsgut nach Belieben zu verfahren. Diese weitgehende Bestimmungsmacht ist natürlich durch die Abrede mit dem Stifter eingeschränkt, und diese Beschränkung ist in der einen oder anderen Weise sanktioniert. Eine wirksame Sicherung der Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts kann aber wegen des Fehlens einer zur Wahrung des Stiftungszwecks berechtigten Person nicht erzielt werden.

1) Nottarp, Festschrift für Zitelmann S.376 Anm.1; Hauger S.20 f.; Danckwerth S.46; zweifelnd Bekker, System I S.285.

Wird das Stiftungsgut einer Gemeinde zugewendet, so kann von einer der in § 903 enthaltenen vergleichbaren Freiheit des Eigentümers praktisch nicht gesprochen werden. Eine Reihe von Verfügungsbeschränkungen engen die Bestimmungsbefugnis des Eigentümers Gemeinde ein.

Bei dem Stiftungsgut wird es sich in den weitaus meisten Fällen um Grund und Boden oder um Geld handeln.

a) Grundbesitz

Besteht das Stiftungsgut aus einem oder mehreren Grundstücken, so unterliegt es damit den Vorschriften der NGO über die Veräußerung von Grundstücken. Gemäß § 84 Abs.2 Ziff.2 NGO bedarf die Gemeinde der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn sie "Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte verkaufen oder tauschen" will. Hier muß allerdings bemerkt werden, daß in der VO über die Genehmigungsfreiheit der Veräußerung von Grundvermögen der Gemeinden und Landkreise vom 27.11. 1958[1] ein Großteil der Grundstücksveräußerungen (betroffen sind in der Hauptsache Veräußerungen zur Durchführung von Baumaßnahmen und Verkäufe von Grundstücken mit geringem Wert) für genehmigungsfrei erklärt worden ist. Immerhin bestehen aber auch bei genehmigungsfreien Verkäufen die Schranken des § 84 Abs.1 NGO ("Die Gemeinden dürfen Vermögensgegenstände veräußern, die sie für ihre Aufgaben in absehbarer Zeit nicht brauchen") und des § 88 Abs.1 S.2 NGO ("Das Stiftungsvermögen ist ... so anzulegen, daß es für seinen Verwendungszweck greifbar ist"). In dem Fall, daß das Grundstück von den Destinatären durch tatsächlichen Gebrauch genutzt wird, würde eine Veräußerung einen Eingriff in die Stiftung darstellen, der eine Zweckänderung darstellt oder ihr doch gleichzuachten wäre. Die Genehmigungsbedürftigkeit einer derartigen Maßnahme ergibt sich dann aus § 88 Abs.2 S.2 NGO. In dem anderen Fall, daß nämlich das Stiftungsgrundstück nicht durch tatsächlichen Gebrauch genutzt wird, sondern gewissermaßen als Kapitalsanlage dient, braucht ein Verkauf des Grundstücks die Stiftung nicht unbedingt zu beeinträchtigen: gemäß § 85 Abs.1 NGO ist der Erlös aus der Veräuße-

1) (NdsGVBl. S.255) i.d.F. v. 4.10.1960 (Nds. GVBl. S.278).

rung von Vermögensgegenständen dem Vermögen zur Erhaltung seines Wertes zuzuführen und gemäß § 88 Abs.1 S.2 NGO als Stiftungsvermögen von dem übrigen Gemeindevermögen getrennt zu halten und so anzulegen, daß es für seinen Verwendungszweck greifbar ist.

b) Geld

Geld muß die Gemeinde nach dem Grundsatz, daß das Gemeindevermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten ist (§ 82 Abs.1 / § 88 Abs.1 S.1 NGO), zinsbar anlegen. Eine Inanspruchnahme für eigene Zwecke der Gemeinde verbietet § 88 Abs.1 S.2 NGO, wonach das Stiftungsvermögen von dem übrigen Gemeindevermögen getrennt zu halten ist.

c) Bewegliche Sachen

Hier gelten wieder die allgemeinen Vorschriften der §§ 88 Abs.1, 84 Abs.1, 82 Abs.1 NGO. Gar nicht so selten wird die Vorschrift des § 84 Abs.2 NGO anzuwenden sein: Die Gemeinden bedürfen der Genehmigung der Aufsichtsbehörde, wenn sie (Ziff.4) "Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, besonders Archive oder Teile solcher, veräußern oder wesentlich verändern wollen". Denn bewegliche Sachen kommen nur oder doch gerade dann als Stiftungsgut in Betracht, wenn sie in einer der oben genannten Beziehungen von Wert sind. Hier besteht ein sehr wirksamer Schutz, da Veräußerungen ohne die Genehmigung der Aufsichtsbehörde (auch) zivilrechtlich unwirksam sind (§ 133 Abs.1 und 3 NGO).

2. Haushaltsrechtliche Sicherungen der Zweckbestimmtheit

Hier kann im wesentlichen auf die Ausführungen unter A I 2 verwiesen werden. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten zur Haushaltsführung machen

zugleich mit der Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck auch die Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts effektiv. Wirksam ist vor allem die Pflicht zur Aufstellung der Vermögensrechnung (§ 119 Abs.2 NGO).

Besonders effektiv ist die haushaltsrechtliche Sicherung, wenn für die unselbständige Stiftung ein Sonderhaushaltsplan aufgestellt ist, der gemäß § 47 GemHVO über mehrere Rechnungsjahre aufgestellt werden kann. Hier ist auch die Gefahr gebannt, daß die Gemeinde nach den Grundsätzen über die "innere Verschuldung" Darlehen aus dem Vermögen der unselbständigen Stiftung entnimmt, was sonst unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist[1].

2. Kapitel: Die unselbständige Stiftung des Privatrechts als allgemeiner Begriff

I. Entwicklung des Begriffs der unselbständigen Stiftung

Nachdem am Beispiel der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung gezeigt worden ist, wie stiftungstypische Gegebenheiten der Lebenssachverhalte realisiert werden, ist im folgenden der allgemeine Begriff der unselbständigen Stiftung des Privatrechts zu entwickeln.

Entscheidend dafür ist, daß die schuldrechtliche Bindung des Stiftungsträgers fallengelassen werden kann.

1. Der Bereich der unselbständigen Stiftung

Oben ist ausführlich auseinandergesetzt worden, daß die Bindung der Stiftungsträger an den Stiftungszweck bei der unselbständigen Stiftung nach h.M. in Gestalt einer schuldrechtlichen Verpflichtung, und zwar entweder dem Stifter gegenüber (Auflagenschenkung, Treuhand) oder den De-

1) Vgl. dazu Surén, Gemeindewirtschaftsrecht S.363 ff.

stinatären gegenüber (Auflagenschenkung, Treuhand (sofern Verträge zugunsten Dritter), Vermächtnis, erbrechtliche Auflage) erscheint; ferner, daß das Schuldverhältnis seinem Wesen nach nicht geeignet ist für die bei der Stiftung zu lösende Aufgabe. Die bloß schuldrechtliche Bindung des Stiftungsträgers ist schon von Pleimes[1] bemängelt worden. Eine "dingliche" Bindung des Stiftungsträgers, wie sie Schultze[2] vorschwebte, läßt sich aber in der Praxis nur sehr unvollkommen realisieren. Letzten Endes ist über die Beschränkung der dinglichen Rechtsmacht durch schuldrechtliche Verpflichtungen nicht hinauszukommen.

Brauchbar wäre allenfalls eine dingliche Bindung des Stiftungsträgers in der Weise, daß ihm eine Reallast oder eine Rentenschuld auferlegt wird[3]. Die Verwendungsmöglichkeit dieser beiden Rechtsfiguren im Stiftungsrecht ist jedoch insofern beschränkt, als sie einen bestimmten Berechtigten verlangt, eine Voraussetzung, die bei Stiftungen mit wechselndem Destinatärkreis nicht gegeben ist. Im Rechtsleben dürfte die aufgezeigte Gestaltungsform auch kaum anzutreffen sein[4].

Zu erwägen ist allenfalls, ob man durch Verwendung des Konstruktionselements juristische Person[5] eine wirksame Bindung der beteiligten Personen an den Stiftungszweck erreichen kann. Zwar ergäben sich dann die oben S.88 ff. gezeigten dogmatischen Schwierigkeiten auch bei der "unselbständigen" Stiftung, immerhin wäre aber eine - durch die staatliche Aufsicht effektuierte - Bindung realisiert. Trotz dieses Vorzuges ist dieser Lösungsweg nicht gangbar. Auch die "unselbständige" Stiftung müßte dann staatlich genehmigt werden, um die Rechtsfähigkeit zu erwerben. Denn unsere Rechtsordnung läßt es mit gutem Grund nicht zu, daß Vermögensmassen ohne staatliche Mitwirkung Rechtspersönlichkeit erlangen.

---

1) Irrwege S.97.

2) IherJb 43/33.

3) Ihre Eignung zur Realisierung entpersönlichter Zwecke hat die Reallast im Mittelalter bewiesen, als sie die Rechtsform z.B. für Kirchenlasten darstellte.

4) Ein Fall mit dieser Gestaltung ist weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum bekannt geworden; ein (selbstgebildeter) Beispielsfall findet sich bei Pleimes, Rechtsproblematik S.9.

5) vgl. oben S.66, Text zu Anm.2.

Ein Genehmigungsverfahren würde sich aber für die überwiegende Zahl der unselbständigen Stiftungen nicht lohnen.

Anderseits muß ein Mindestmaß an Bindungswirkung erreicht werden, wenn von einer (unselbständigen) Stiftung gesprochen werden soll. Denn der Begriff unselbständige Stiftung soll dem Recht angehören, nicht der Sitte. Nicht erreicht wird dieses Mindestmaß, wenn nur Sicherungen gegen stiftungswidrige Maßnahmen des Stiftungsträgers geschaffen werden. Deshalb gewährleistet die Strafdrohung des Untreuetatbestandes (§ 266 des Strafgesetzbuchs) nicht die positive Erfüllung des Stiftungszwecks. Ebensowenig wird dieser Erfolg durch ein Rückforderungsrecht des Stifters für den Fall des Untätigbleibens (oder der Vornahme stiftungswidriger Handlungen) des Stiftungsträgers erreicht. Denn die Stiftung ist kein statisches, sondern ein dynamisches Gebilde. Aus diesem Grunde ist endlich auch nicht ausreichend eine Aufteilung der Befugnisse, die im Eigentum vereinigt sind, weil damit nur ein stiftungswidriges Verhalten erschwert - und bei geeigneter Gestaltung sogar verhindert - wird, nicht aber eine Pflicht zu positivem Handeln zu Förderung des Stiftungszwecks geschaffen wird. Eine derartige Pflicht läßt sich ohne Zuhilfenahme einer staatlichen Aufsicht nur in Ausnahmefällen realisieren. Bei der großen Mehrzahl der Fälle, die in rein privatrechtlichen Kategorien - befriedigend! - dargestellt werden können, wird es sich um atypische Stiftungssachverhalte handeln. In solchen Fällen mag man auch mit dem Treuhandgeschäft zu einem brauchbaren Ergebnis kommen. Wie oben S.67 erörtert wurde, kommen evtl. auch Organisationsformen in Betracht, die an einen Personenzusammenschluß anknüpfen.
Bei der Erörterung der Frage, welche Bedeutung dem Begriff unselbständige Stiftung sinnvollerweise beizulegen ist, muß jedoch davon ausgegangen werden, daß die große Mehrzahl der unselbständigen Stiftungen bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder bei rechtsfähigen Stiftungen des privaten Rechts errichtet wird. Zweckmäßigerweise wird man deshalb auch nur dann von einer unselbständigen Stiftung sprechen, wenn dieser Tatbestand gegeben ist. Die Sicherung für die Erfüllung des Stiftungszwecks wird dann durch Einbau der Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang geschaffen. Dabei werden von Fall zu Fall Unterschiede in der Effektivität anzutreffen sein, was aber den Grundsatz nicht in Frage stellt.

Die Erörterungen führen mithin dazu, die Eigenschaft des Stiftungsträgers als juristische Person in den Begriff unselbständige Stiftung aufzunehmen. Sie tragen damit zur Fundierung der in Literatur[1] und Rechtsprechung[2] verschiedentlich geäußerten Ansicht bei, privatrechtliche Zuwendungen unterfielen namentlich dann dem Begriff Stiftung, wenn sie einer öffentlichen Korporation gemacht würden.

Dem hier dargelegten Gedankengang ähnlich ist die Bemerkung Knokes im Planck'schen Kommentar[3], eine unselbständige oder fiduziarische Stiftung liege vor, wenn das überwiesene Vermögen in das Vermögen der juristischen Person übergehe, an welche die Überweisung erfolge, und sich der Überweisende darauf verlasse, daß die Organisation dieser juristischen Person genügend Sicherheit für eine dem Zweck entsprechende Verwendung des Vermögens biete. Damit ist wohl gemeint, daß ein Erfüllungsanspruch des Stifters nicht anzunehmen sei, ein Ergebnis, das auch nach der hier dargelegten Ansicht erzielt wird. Bei Knoke bleibt jedoch offen, wie eine rechtliche, nicht bloß tatsächliche Sicherung des Stiftungszwecks geschaffen wird. Dieser Erfolg ist, wie ausgeführt wurde, praktisch nur durch Einbeziehung der Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang zu erreichen.

Gegen die hier vertretene Ansicht läßt sich nicht einwenden, die unselbständige Stiftung werde dadurch ihres privatrechtlichen Gehaltes beraubt, daß die schuldrechtliche Verpflichtung des Stiftungsträgers fallengelassen wird. Denn diese Verpflichtung ist, wie ein Blick in die Praxis lehrt, eine bloße Fiktion. Als Beleg dafür kann auf die Rechtslage bei den von der Stadt Frankfurt/M. verwalteten unselbständigen Stiftungen hingewiesen werden. Hier hat die Stadt Frankfurt/M. eine Verwaltungsordnung[4] erlassen, in der zunächst (in den §§ 1 - 8) gemeinsame Bestimmungen für alle unselbständigen Stiftungen aufgestellt werden und dann (in den §§ 9 - 21a) die bei den einzelnen unselbständigen Stiftungen bestehende Rechtslage dargelegt wird. Diese öffentlich-rechtliche Normierung pri-

1) Warneyer Anm.II zu § 80.
2) RG 88/335 ff. (339).
3) Vorbem. 4 vor § 80.
4) Abgedruckt im Frankfurter Stadtrecht; wegen der Fundstelle vgl. oben S.121 Anm.3.

vater unselbständiger Stiftungen ist ein Symptom dafür, daß die herkömmlicherweise für Gebilde dieser Art verwendete Rechtsform nicht funktionsfähig ist. Die hier vertretene Ansicht läuft deshalb nicht darauf hinaus, die unselbständige Stiftung dem öffentlichen Recht "auszuliefern", sie versucht nur die tatsächlich bestehende Rechtslage dogmatisch zu fundieren und durch Herausarbeitung der privatrechtlichen Elemente der unselbständigen Stiftung gerade zu verhindern, daß sie ganz im öffentlichen Recht aufgeht, eine Gefahr, die durchaus ernstzunehmen ist (näheres dazu demnächst S. 153.

2. Die Realisierung der Zweckbindung

Als Stiftungsträger für eine unselbständige Stiftung kommen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die rechtsfähigen Stiftungen des privaten Rechts in Frage[1]. Die übrigen juristischen Personen des privaten Rechts sind als Stiftungsträger nur dann geeignet, wenn sie ihre Rechtsfähigkeit staatlicher Verleihung verdanken und einer Aufsicht unterliegen. Der rechtsfähige Verein des Privatrechts z.B. wird nicht von Staats wegen beaufsichtigt, es ist hier Sache der Mitglieder(versammlung) nachzuprüfen, ob die Vereinsorgane ihre Verpflichtungen erfüllt, insbesondere ordentlich gewirtschaftet haben.

Bei rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts wird eine Bindung durch die Aufsicht über die Stiftungen effektuiert. Die Grundsätze für die Ausübung dieser Aufsicht ergeben sich aus den Landesgesetzen. Im ehemals preußischen Gebiet gilt § 40 II 19 ALR[2], wonach der Staat darauf sehen muß,

1) Unselbständige Stiftungen können außerdem noch bei Kirchengemeinden errichtet werden, denn auch dort findet eine der staatlichen Beaufsichtigung vergleichbare Aufsicht statt. Eine Erörterung dieser unselbständigen Stiftungen ist im Rahmen dieser Arbeit aber nicht möglich.

2) §§ 13 II 13 und 37 - 41 II 19 ALR gelten allerdings nur für die Aufsicht über Nichtfamilienstiftungen. Bei Familienstiftungen ist umstritten, ob eine Staatsaufsicht stattzufinden hat oder nicht; wegen der Einzelheiten vgl. Crusen-Müller Vorbem. IV, 2 vor Art. 1 - 4 (S.42); Staudinger-Coing Vorbem. vor § 80 Rdnr. 23.

"daß die Einkünfte der Armen- und anderer Versorgungsanstalten, zweck- und vorschriftsmäßig verwendet werden". Mit dieser Aufsicht wird auch eine Bindung der Stiftungsorgane an den Zweck einer bei der rechtsfähigen Stiftung errichteten unselbständigen Stiftung realisiert. Denn auch die Einnahmen aus dem Teil des Vermögens der Stiftung, der mit Annahme der unselbständigen Stiftung erworben wurde, sind Einkünfte der Stiftung, und ihre Verwendung für den Hauptzweck der Stiftung wäre keine vorschriftsmäßige Verwendung. Ein aufsichtsfreier Raum kann nämlich bei rechtsfähigen Stiftungen nicht anerkannt werden, weil die Stiftungsorgane Funktionäre der Zweckverwirklichung sind und einen Spielraum für die Verwirklichung satzungsfremder Ziele nicht haben.

Bei den Gemeinden besteht, wie dargelegt wurde, ein verhältnismäßig eingehendes System öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen, die den Stiftungsträger zu einer auf die Realisierung des Stiftungszwecks gerichteten Tätigkeit anhalten. Das gleiche gilt für die Landkreise, für deren Wirtschaft nach der Verweisung des § 65 NLO[1] die Vorschriften der NGO über die Gemeindewirtschaft (und damit auch § 88 NGO) maßgeblich sind. Bei den anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die als Träger von unselbständigen Stiftungen in Frage kommen, ist eine derartig eingehende Regelung nicht anzutreffen. Dort bestehen aber haushaltsrechtliche Sicherungen dafür, daß der Stiftungszweck eingehalten wird. Gemäß § 2 des Gesetzes zur Erhaltung und Hebung der Kaufkraft vom 24.3.1934[2] müssen die Vorstände oder die sonst zur Geschäftsführung berufenen Organe der juristischen Person rechtzeitig vor Beginn eines neuen Rechnungsjahres einen Haushaltsplan feststellen. Dieser muß alle Einnahmen und Ausgaben - nach Zweckbestimmung und Ansatz getrennt -, die für das Rechnungsjahr zu erwarten sind, ausweisen und zum Ausgleich bringen. Welche weiteren Sicherungen durch die staatliche Aufsicht im Einzelfall geschaffen werden können, hängt vom Umfang der Aufsicht ab, der der konkrete Stiftungsträger untersteht.

---

1) vom 31.3.1958, NdsGVBl. S.17 ff. (32), i.d.F. des Ges. vom 18.4.1963, GVBl. S.255.

2) RGBl. I S.235. Das Gesetz ist noch geltendes Recht, auch in den Ländern; vgl. Vialon Anm.1 zu dem Gesetz (S.217).

II. Abgrenzung von Auflagenschenkung, Treuhandgeschäft und den erbrechtlichen "Zuwendungsgeschäften"

Kein Problem der Abgrenzung ergibt sich, wenn einer natürlichen Person oder auch einem Verein des Privatrechts eine Zuwendung mit Zweckbestimmung gemacht wird. In diesen Fällen wird die Zweckbestimmung durch die privatrechtlichen Kategorien von Anspruch und Verpflichtung realisiert. Es besteht dann keine Veranlassung, nach anderen Sicherungen Ausschau zu halten. Soweit dafür kein Bedürfnis besteht, braucht auf die Kategorie Stiftung nicht zurückgegriffen zu werden, die - was die bisherigen Erörterungen wohl deutlich gemacht haben - an Effektivität hinter den privatrechtlichen Sicherungen zurückbleibt oder jedenfalls zurückbleiben kann.

Die Frage nach der Abgrenzung ergibt sich daher im wesentlichen bei den Zuwendungen, die einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer Stiftung des privaten Rechts gemacht werden. Derartige Zuwendungen werden immer stiftungsartigen Charakter haben, weil sich keine juristische Person des öffentlichen Rechts bereitfinden wird, z.B. für persönliche Interessen des Stifters oder einzelner Dritter tätig zu werden. Da anderseits jede Zuwendung an eine juristische Person des öffentlichen Rechts in deren Haushalt erscheint und so in jedem Fall eine gewisse öffentlich-rechtliche Sicherung einer eventuellen Zweckbindung eintritt, könnte man versucht sein, jede derartige Zuwendung als unselbständige Stiftung zu qualifizieren, ein gewiß nicht richtiges Ergebnis.

Zur Lösung der Abgrenzungsfrage ist anzuknüpfen an die Erörterungen oben S.115 ff., die zu dem Ergebnis geführt hatten, daß mit der Kategorie des schuldrechtlichen Anspruchs eine sachgerechte Realisierung stiftungstypischer Gegebenheiten nicht möglich ist. Das Fehlen einer an der Erfüllung des Stiftungszwecks interessierten Person und die Verselbständigung des Stiftungszwecks führten zu den dargelegten Schwierigkeiten. Erst bei solchen Sachverhalten entsteht das Bedürfnis, von dem Konstruktionselement "schuldrechtliche Verpflichtung" abzugehen und für eine Bindung des Zuwendungsempfängers andere Konstruktionselemente heranzuziehen. Trotz aller Schwierigkeiten im Einzelfall wird eine Abgrenzung in der Praxis verhältnismäßig leicht gelingen. Es wird vor allem

darauf ankommen, ob das Rechtsverhältnis sofort oder doch jedenfalls in absehbarer Zeit abgewickelt werden soll. Ist das der Fall, so läßt sich das Konstruktionselement schuldrechtliche Verpflichtung verwenden, und das Rechtsverhältnis ist als Auflagenschenkung etc. zu qualifizieren. Soll es aber nicht abgewickelt, sondern bei Bestand gehalten, über die "Fährlichkeiten der Zeiten"[1] erhalten werden, so handelt es sich um eine unselbständige Stiftung. Denn hier wäre eine schuldrechtliche Bindung wegen des finalen Charakters des Schuldverhältnisses überfordert.

In der Praxis wird es somit darauf ankommen, ob das Stiftungsgut sofort zu verteilen oder als Stiftungsvermögen zu konservieren ist. Dieses von Surén[2], Heymann[3], Gönnenwein[4] und im Kommentar von Muntzke-Schlempp[5] verwendete Abgrenzungskriterium erweist sich somit vom hier vertretenen Standpunkt aus als durchaus brauchbar, ebenso das bei Ebersbach[6] und den auf S.48 Genannten erwähnte Merkmal der Dauer.

III. Abgrenzung von anderen Stiftungen

Die Abgrenzung der einzelnen Erscheinungsformen der Stiftung ist von jeher sehr problematisch. Die Schwierigkeiten, zwischen den Bereichen des öffentlichen und des privaten Rechts eine Grenzlinie abzustecken, sind im Stiftungsrecht besonders groß, weil es eine rein privatrechtliche Stiftung - abgesehen vielleicht von der Familienstiftung - kaum gibt. In irgendeiner Weise kommt der Staat bei nahezu allen Stiftungen ins Spiel.

Die unselbständige Stiftung bedarf der Abgrenzung zur unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts und zur rechtsfähigen Stiftung des Pri-

---

1) Schreuer S.326.
2) Gemeindewirtschaftsrecht S.111.
3) S.89.
4) § 76, 2 (S.453), Anm.15.
5) Erl. II, 3 zu § 97 der hessischen Gemeindeordnung.
6) S.44.

vatrechts: gegenüber jener, weil - jedenfalls bei der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung - die Erfüllung des Stiftungszwecks wie bei der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Pflichten gewährleistet wird, gegenüber dieser, weil die unselbständige Stiftung in ganz wesentlichen Beziehungen dem Privatrecht angehört.

1. Abgrenzung von der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts

a) Der Aussagewert des Begriffs unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts

Auch im öffentlichen Recht pflegt man zwischen der rechtsfähigen Stiftung und der nicht rechtsfähigen, "unselbständigen" Stiftung zu unterscheiden, wobei als Kriterium der Abgrenzung früher die (öffentlich-rechtliche) Rechtsfähigkeit verwendet wurde[1], während man neuerdings auf die Organisation der Verwaltung rekurriert[2]. Danach unterscheidet sich die rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts von der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts durch das Merkmal der verwaltungsorganisatorischen Absonderung[3]. Mit der Abgrenzung der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts von ihrem rechtsfähigen Gegenstück ist über den Inhalt jenes Begriffes noch nicht allzuviel ausgesagt. Geht man dieser Frage weiter nach, so macht man die überraschende Entdeckung, daß vielfach von Auflagenschenkung die Rede ist, wenn eine Definition der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts gegeben werden soll[4]. Man gewinnt den Eindruck, als sei mit dem Begriff unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts nichts anderes gemeint als diejenigen hier untersuchten unselbständigen Stiftungen des privaten Rechts, die durch Zuwendung des Stiftungsguts an eine juristische

1) z.B. Jellinek § 8 II, 3a (S.178).
2) Weber, Körperschaften S.12; Ebersbach S.47.
3) Ebersbach a.a.O.
4) So Graf, Württ. Ztschr. 53. Jg. S.281; Nebinger S.158; Thalmessinger S.32.

Person des öffentlichen Rechts errichtet wurden[1]. Es ist aber fraglich, ob sich der Begriff unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts darin erschöpft, die bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts errichteten unselbständigen Stiftungen des Privatrechts aus dem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel zu bezeichnen. Denkbar sind nämlich auch unselbständige Stiftungen, die nicht von einer Privatperson, sondern von dem Stiftungsträger selbst, also der juristischen Person des öffentlichen Rechts, ins Leben gerufen wurden. Allerdings werden derartige Gebilde selten vorkommen, da die juristische Person des öffentlichen Rechts sich zur Erfüllung spezieller Aufgaben in der Regel der Rechtsform der (unselbständigen) Anstalt bedienen wird.

Als unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts war nach Ansicht Hatscheks[2] die im Jahre 1907 von der Stadt Düsseldorf gegründete Akademie für praktische Medizin anzusehen, die gemäß § 3 der Satzung eine "Veranstaltung der Stadt Düsseldorf" darstellte und eigene Rechtspersönlichkeit nicht besaß. Für die Qualifikation der Stiftung (und damit die Abgrenzung zur Anstalt) waren für Hatschek folgende Merkmale bestimmend:

1. Mit einer Stiftung (nicht mit einer Anstalt) könne eine Stadt Interessen verfolgen, die überörtliche Bedeutung hätten und (oder) durch Gesetz der Förderung durch Kommunalverbände entzogen seien[3].

2. Der Stiftungszweck (nicht der Anstaltszweck) sei der Änderungsbefugnis städtischer Organe entzogen[4].

3. Die Stiftung könne nur durch einen Akt des Landesherrn errichtet werden, während zur Entstehung einer Anstalt ein städtischer Verwaltungsakt genüge[5].

---

1) Vgl. auch die Bemerkung Ebersbachs (S.43), wonach es h.M. ist, unter dem Begriff unselbständige Stiftung Zuwendungen von Vermögen an den Staat oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts unter der Auflage zu verstehen, das Vermögen dauernd für einen bestimmten öffentlichen Zweck zu verwenden.
2) VerwArch Bd.19 S.322.
3) a.a.O. S.309/310.
4) a.a.O. S.311/312.
5) a.a.O. S.313.

4. Bei der Verwaltung des Vermögens einer Stiftung (anders bei der Anstalt) habe der Staat ein weitgehendes Eingriffsrecht. So könne z.B. nur er die Verwendung zusätzlicher Mittel zur Erfüllung des Stiftungszwecks vorschreiben, während dies bei der Anstalt in der Macht der Kommune liege.[1)]

5. Die Befugnis zur Aufhebung einer Stiftung stehe dem Staat zu, während bei der Anstalt die Gemeinde zur Aufhebung berechtigt sei[2)].

Angesichts der heutigen, sich aus den Gemeindeordnungen ergebenden geänderten Rechtslage der gemeindlichen Stiftungen (vgl. oben S.136 ff.) erscheint es aber zweifelhaft, ob sich die Abgrenzung von unselbständiger Anstalt und unselbständiger Stiftung des öffentlichen Rechts nach diesen Merkmalen aufrechterhalten läßt. Da teilweise in der Literatur zudem die Existenz der Stiftung des öffentlichen Rechts überhaupt geleugnet wird[3)], spricht in der Tat viel für die Ansicht, daß die unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts, als eigene Gründung des Stiftungsträgers verstanden, nicht oder nur sehr selten vorkommen wird. Als Anwendungsfälle für die Rechtsfigur der unselbständigen Stiftung des öffentlichen Rechts lassen sich immerhin Einrichtungen denken, die die alljährliche Verleihung eines Preises zur Aufgabe haben, wobei freilich ein Stiftungskapital zu fordern sein wird. Denn sonst, falls die "Stiftung" bloßer Haushaltstitel wäre, würde es sich nur um eine "jährliche Freigebigkeit"[4)], nicht um eine Stiftung handeln. Es kann deshalb nicht, jedenfalls nicht ohne - hier nicht anzustellendes - eingehenderes Studium der Rechtswirklichkeit, gesagt werden, daß es keine unselbständigen Stiftungen ohne privaten Errichtungsakt gebe; es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß der Hauptanwendungsbereich dieses Begriffes in der Charakterisierung der öffentlich-rechtlichen Seite der bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts errichteten unselbständigen Stiftung des Privatrechts liegt. Diese Feststellung wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß bei vielen sogenannten unselbständigen Stiftungen des öffentlichen Rechts der private Errichtungsakt nicht mehr oder allenfalls

1) a.a.O. S.315/316.
2) a.a.O. S.317.
3) So vor allem Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II S.331 f.
4) Ausdruck von Nebinger S.158.

noch im Namen der Stiftung in Erscheinung tritt. Diese Beobachtung zeigt vielmehr, wie wenig Rechtswirksamkeit und Rechtsbeständigkeit das private Stiftungsgeschäft zu entfalten vermag, wenn man es als einen Vertrag des Schuldrechts bzw. als letztwillige Zuwendung mit Vermächtnis oder Auflage auffaßt. Die unpassende Rechtsform und das Fehlen einer effektiven Sicherung führen dazu, daß das öffentliche Recht - die Terminologie ist Symptom dafür - Besitz von der unselbständigen Stiftung ergreift, was für die private Substanz der unselbständigen Stiftung gefährlich werden kann.

b) Das Verhältnis der Bezeichnungen unselbständige Stiftung des privaten Rechts und unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts zueinander

Das Verhältnis der Begriffe unselbständige Stiftung des privaten Rechts und unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts bereitet nach den vorangegangenen Erörterungen keine großen Schwierigkeiten mehr. "Unselbständige Stiftung des Privatrechts" bezeichnet Stiftungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die durch Rechtsgeschäft eines Privatmanns mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einer rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts begründet worden sind, und zwar in ihrer privatrechtlichen Komponente. Unter "unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts" sind dagegen alle Stiftungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit zu verstehen, die bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts errichtet wurden. Soweit diese Stiftungen von einem Privatmann im Zusammenwirken mit dem Stiftungsträger begründet wurden, sind mit der Bezeichnung unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts ihre öffentlich-rechtlichen Bestandteile gemeint, sonst, bei einer vom Stiftungsträger selbst errichteten Stiftung, das gesamte Rechtsverhältnis. Der Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Verhältnisses der beiden Begriffe zueinander ist mithin die Herkunft des Stiftungsguts. Wie bei der rechtsfähigen Stiftung (vgl. oben S.91), so kommt es auch bei den unselbständigen Stiftungen darauf an, ob das Stiftungsgut aus privatem Vermögen stammt - in diesem Fall enthält das Rechtsgebilde dem Privatrecht angehörende Elemente und kann als unselbständige Stiftung des Privatrechts qualifiziert werden, oder ob es sich bei dem Stiftungs-

gut um öffentliche Mittel handelt - dann gehört die Stiftung (nur) dem öffentlichen Recht an.

2. Abgrenzung von der rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts

Bei der Frage der Abgrenzung ist zunächst zu berücksichtigen, daß eine durch Stiftungsgeschäft unter Lebenden errichtete Stiftung (die rechtsfähige wie die unselbständige) im Zusammenwirken von Stifter und Stiftungsträger bzw. Genehmigungsbehörde entsteht. Das bedeutet, daß eine Klärung des Willens des Stifters herbeigeführt werden kann, wenn das Stiftungsgeschäft hinsichtlich der Frage der haftungsrechtlichen Verselbständigung des Stiftungsguts keine genauen Angaben enthält. Abgrenzungsschwierigkeiten werden deshalb in der Regel nur bei letztwillig errichteten Stiftungen entstehen, wo das Stiftungsgeschäft im wesentlichen aus sich selbst heraus ausgelegt werden muß. Auch in diesem Fall ergeben sich noch keine Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der beiden privatrechtlichen Stiftungen, wenn für die Stiftung eine von öffentlicher Mitwirkung unabhängige, sich selbst regenerierende Verwaltung vorgesehen ist. Denn da die unselbständige Stiftung praktisch nur bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts und bei rechtsfähigen Stiftungen des Privatrechts realisiert werden kann, wird die Auslegung des Stiftungsgeschäfts hier zu dem Ergebnis führen, daß eine rechtsfähige Stiftung geschaffen werden sollte.

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung ergeben sich dort, wo den Organen einer öffentlich-rechtlichen Person oder einer rechtsfähigen Stiftung des Privatrechts die Verwaltung des Stiftungsguts anvertraut wurde. Denn dann kommen beide Arten der privatrechtlichen Stiftung in Frage. Die Abgrenzung muß in diesen Fällen bei dem einzigen verschiedenen Merkmal, nämlich der haftungsrechtlichen Verselbständigung, ansetzen. Daß eine Auslegung des Stiftungsgeschäfts unter diesem Gesichtspunkt schwierig sein wird, steht außer Frage. Denn der Stifter wird der Frage der haftungsrechtlichen Verselbständigung oft keine Aufmerksamkeit schenken. Als Anhaltspunkt kommt in Betracht, daß bei Errichtung einer Anstaltsstiftung meist eine

Verselbständigung des Stiftungsguts wegen der Häufigkeit der Rechtsbeziehungen nach außen hin gewollt sein wird, während bei der Hauptgeldstiftung[1], bei der das Stiftungsgut im wesentlichen nur die Funktion hat, Erträge abzuwerfen, eine haftungsrechtliche Verselbständigung nicht den Intentionen des Stifters entsprechen wird.

Im übrigen darf darauf hingewiesen werden, daß nach der hier vorgeschlagenen Begriffsbildung die Frage der Abgrenzung erheblich an Gewicht einbüßt, da, wie hier schon einmal bemerkt werden darf, die an den Begriff unselbständige Stiftung des Privatrechts geknüpften Rechtsfolgen sich nur noch dort von den mit ihrem rechtsfähigen Gegenstück verbundenen unterscheiden, wo die haftungsrechtliche Verselbständigung von Bedeutung ist.

3. Kapitel: Praktische Auswirkungen der vorgeschlagenen Begriffsbildung

Soweit die unselbständige Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang einbezogen ist, kann darauf verzichtet werden, sie als Schuldverhältnis zwischen Stiftungsträger und Stifter bzw. Stiftungsträger und Destinatär darzustellen. Diese Eliminierung des Schuldverhältnisses erweist sich in mehrfacher Hinsicht als vorteilhaft. Es ist nämlich Raum eröffnet für die Anwendung von Normen des Stiftungsrechts. So ist z.B. eine Möglichkeit geschaffen, die Zweckänderungsbefugnis des Stiftungsträgers oder seiner übergeordneten Behörde verständlich zu machen, was auf unüberwindliche Schwierigkeiten stößt, wenn man die unselbständige Stiftung als Schuldverhältnis ansieht. Auch das Verhältnis zu den Destinatären läßt sich - unter Anwendung von Stiftungsrecht - besser darstellen als mit den bisher verwendeten Kategorien Vertrag zugunsten Dritter und Vermächtnis.

Die Erörterung der praktischen Auswirkungen der vorgeschlagenen Be-

1) Liermann spricht hier von einer "Kapitalstiftung" (Handbuch des Stiftungsrechts I S.161).

griffsbildung beschränkt sich auf die dem Privatrecht angehörenden Rechtsbeziehungen. Daß einzelne Rechtsbeziehungen dem Privatrecht zugerechnet werden müssen, unterliegt keinem Zweifel. Denn die Einbeziehung der unselbständigen Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang bedeutet nicht, daß die unselbständige Stiftung ihrer privatrechtlichen Substanz beraubt würde. Auch die rechtsfähige Stiftung, deren Verwaltung von einer Behörde geführt wird, weist nämlich privatrechtliche Elemente auf, so z.B. die Beziehung Stiftung - Stifter.

I. Im Verhältnis Stiftungsträger - Stifter

1. Der Stiftungsakt als ein Organisations- und Rechtsetzungsakt

Der Stiftungsakt bei der unselbständigen Stiftung weist, sofern die Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtet wird, das Erscheinungsbild eines Vertrages auf. In Wahrheit handelt es sich aber, wie auch bei der rechtsfähigen Stiftung, um einen Organisations- und Rechtsetzungsakt. Bei einer gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung z.B. besteht die Tätigkeit des Stifters darin, den Raum auszufüllen, der in den Gemeindeordnungen (vgl. z.B. § 88 NGO: "Soweit nicht durch Gesetz oder Stiftungsurkunde anderes bestimmt ist") für ihn ausgespart ist. Es wird sich dabei im wesentlichen darum handeln, die Befugnisse zur Verwaltung des Stiftungsguts und zur Auswahl der Destinatäre festzulegen (Organisation) und die Normen aufzustellen, durch deren Erfüllung ein Anwärter die Destinatärschaft erwirbt, bzw. Prinzip und Verfahren der Auswahl zu statuieren (Rechtsetzung). Außerdem enthält das Stiftungsgeschäft einen vermögensrechtlichen Bestandteil, bei Errichtung unter Lebenden durch Singularübertragung des Stiftungsvermögens. Wird die unselbständige Stiftung durch Verfügung von Todes wegen errichtet, so tritt an die Stelle der rechtsgeschäftlichen Übertragung die Universalsukzession des Stiftungsträgers in das Stiftungsgut (sofern der Stiftungsträger zum Erben eingesetzt wurde) bzw. der Anfall eines Vermächtnisanspruchs gegen den Erben (sofern das Stiftungsgut dem Stiftungsträger durch Vermächtnis zugewendet wurde).

Die Auffassung, daß die unselbständige Stiftung durch Stiftungsakt errichtet wird, wirkt sich in der Frage der Autonomie des Stifters aus. Sie führt dazu, die §§ 134, 138 und 306 BGB nicht als deren einzige Schranke anzusehen, wie das geschehen muß, wenn man das Stiftungsgeschäft als einen Vertrag des Schuldrechts auffaßt. Die Autonomie des Stifters endet auch dort, wo die geplante Stiftung zu einer Gefährdung des Gemeinwohls führen würde. Denn wie sich aus § 88 Abs.2 NGO i.V. mit § 87 BGB ergibt, wird einer Stiftung, deren Zweck das Gemeinwohl gefährdet, der Bestandsschutz entzogen; der Stiftungszweck kann in diesem Fall geändert werden. Bei einem Stiftungsvorhaben, dessen Verwirklichung zu einer Gefährdung des Gemeinwohls führen kann, besteht somit keine Chance für eine Realisierung der Zweckbindung. Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung der stifterischen Freiheit mag nicht sonderlich groß sein. Sie zeigt aber, daß bei der unselbständigen Stiftung dem Stifter ein geringerer rechtlicher Spielraum für die Verwirklichung seiner Absichten zukommt als bei Rechtsgeschäften des Güterumsatzes zwischen Privatpersonen, wo es die zur Nichtigkeit eines Vertrages führende Kategorie der "Gefährdung des Gemeinwohls" nicht gibt, und unterstreicht damit die Eigenschaft der unselbständigen Stiftung als einer echten Stiftung.

Bei dem Stiftungsakt selbst handelt es sich um ein Rechtsgeschäft des privaten Rechts, das in vielen Beziehungen dem Stiftungsakt der rechtsfähigen Stiftung gleicht, in einzelnen jedoch eine davon abweichende Struktur hat. So fehlt die Bestimmung über die Rechtsfähigkeit der Stiftung; ferner ist die Eigenschaft des Stiftungsakts als eine nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung bei der unselbständigen Stiftung nicht gegeben. Denn die unselbständige Stiftung ist erst dann perfekt, wenn die als Stiftungsträger in Aussicht genommene Person die Annahme erklärt hat. Die Erklärung des Stifters bedarf zum Wirksamwerden also des Zuganges, während das Stiftungsgeschäft bei der rechtsfähigen Stiftung nach allgemeiner Ansicht wirksam ist, wenn der Stifter die Stiftungsurkunde unterschrieben hat[1].

Von Bedeutung wird der genannte Unterschied in der Frage nach dem Anfechtungsgegner. Der für das Stiftungsgeschäft bei der rechtsfähigen Stiftung geltende § 143 Abs.4 BGB, der den Erklärungsgegner bei der Anfech-

1) Planck-Knoke § 81 Anm.1.

tung einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung bestimmt, ist nicht anwendbar, ebensowenig Abs.2 des § 143 BGB, wonach bei einem Vertrage der andere Teil Anfechtungsgegner ist, da nach der hier vorgeschlagenen Ansicht die unselbständige Stiftung nicht in Vertragsform realisiert wird. Anfechtungsgegner bei der unselbständigen Stiftung ist mithin gemäß § 143 Abs.3 S.1 BGB der Stiftungsträger als die Person, der gegenüber das (einseitige) Stiftungsgeschäft vorzunehmen war.

Das bei der rechtsfähigen Stiftung ernstzunehmende Bedenken, daß durch eine Anfechtung des Stiftungsgeschäfts Gläubigerinteressen gefährdet werden können, besteht bei der unselbständigen Stiftung nicht, weil ein Rechtssubjekt, das in Rechtsbeziehungen zu Dritten treten könnte, nicht entsteht. Für eine Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit auf den vermögensrechtlichen Teil könnte allenfalls sprechen, daß mit Errichtung der Stiftung, mit Annahme des "Angebots" durch den Stiftungsträger, auch ein gewisses Maß an öffentlichem Interesse in der Stiftung gebunden wird. So ist es z.B. denkbar, daß eine Gemeinde in Anbetracht des Bestehens einer leistungsfähigen (unselbständigen) Stiftung es unterläßt, ein Museum in eigener Regie zu unterhalten oder eine andere Aufgabe in Angriff zu nehmen. Hier kann die Gemeinde daran interessiert sein, daß die unselbständige Stiftung bestehen bleibt. Trotzdem wird man die Wirkung der Anfechtung auch auf den normsetzenden und organisierenden Teil des Stiftungsgeschäfts ausdehnen müssen. Eine Bindung des Stiftungsträgers an den Stiftungszweck läßt sich nämlich kaum noch rechtfertigen, wenn der Stifter seine Urheberschaft mit Rückwirkung beseitigen will. Außerdem könnte es bei Aufrechterhaltung des organisierenden und normsetzenden Teils dazu kommen, daß der Stiftungsträger sich den privatrechtlichen Stiftungs"mantel" zunutze macht, um einen erwünschten Stiftungszweck mit öffentlichen Mitteln zu fördern, ohne bei der Zuteilung der Stiftungsleistungen an die Grundsätze des öffentlichen Rechts, also vor allem an die Grundrechte, gebunden zu sein. Wird die unselbständige Stiftung, nachdem der Stifter das Stiftungsgeschäft angefochten und das Stiftungsgut zurückgefordert hat, von dem Stiftungsträger neu dotiert und weitergeführt, so handelt es sich nun um eine unselbständige Stiftung des öffentlichen Rechts, da das Stiftungsgut aus öffentlichen Mitteln stammt. Von einer unselbständigen Stiftung des Privatrechts kann nicht mehr gesprochen werden; mit Anfechtung und Rückgabe des Stiftungs-

guts entfällt die Berechtigung, den Stiftungsträger nach den vom Stifter aufgestellten Grundsätzen Leistungen erbringen zu lassen. Es erscheint deshalb sachgerecht, die (durch Anfechtung herbeigeführte) Nichtigkeit auf das ganze Stiftungsgeschäft zu erstrecken.

Zuletzt ist die Frage zu erörtern, ob das Stiftungsgeschäft als Organisationsakt bei der unselbständigen Stiftung einer Form bedarf. Wird das Stiftungsgeschäft von Todes wegen erklärt, so sind die dafür vorgesehenen Formen zu beachten. Hier ergeben sich mithin keine Schwierigkeiten. Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten Stiftung braucht für den Organisationsakt die Formvorschrift des § 518 BGB schon deshalb nicht eingehalten zu werden, weil es sich bei dem Stiftungsakt nicht um einen Vertrag, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. In Frage käme allenfalls die für das Stiftungsgeschäft bei der rechtsfähigen Stiftung vorgeschriebene Schriftform des § 81 Abs.1 BGB, die gewährleisten soll, daß für das Genehmigungsverfahren eine hinreichend deutliche Unterlage geschaffen wird[1].

Bei der unselbständigen Stiftung findet ein Genehmigungsverfahren nicht statt, die Stiftung wird vielmehr in engem Zusammenwirken zwischen Stifter und Stiftungsträger errichtet, wobei Gelegenheit besteht, Unklarheiten auszuräumen. Die Schriftform würde insoweit kaum eine zusätzliche Gewähr für Klarheit bieten. Sie ist deshalb als Gültigkeitsvoraussetzung nicht unbedingt erforderlich. Praktisch wird allerdings wegen der Dauerwirkung der Stiftung ohne eine schriftliche Fixierung der Stiftungsbedingungen nicht auszukommen sein, und der Stiftungsträger wird diese, schon im eigenen Interesse, in aller Regel schriftlich festhalten. Meist werden auch die Vorschriften, nach denen die als Stiftungsträger vorgesehene juristische Person bei der Beschlußfassung über die Annahme der Stiftung zu verfahren hat, eine schriftliche Fixierung erforderlich machen.

1) RGRK-Denecke § 81 Anm.1.

2. Die Annahme der Stiftung durch den Stiftungsträger

Der einseitige Stiftungsakt reicht nicht aus, um die unselbständige Stiftung zu errichten. Von einer Stiftung im Rechtssinn kann nämlich erst dann gesprochen werden, wenn Sicherungen für die Erfüllung des vom Stifter gesetzten Zwecks in Funktion gesetzt sind. Bei der rechtsfähigen Stiftung ist dies der Fall, wenn die Stiftung genehmigt wird, wodurch sie die Eigenschaft einer rechtsfähigen Stiftung erhalt und damit der staatlichen Aufsicht unterfällt. Die unselbständige Stiftung dagegen ist perfekt, wenn die als Stiftungsträger in Aussicht genommene Person sie unter den im Stiftungsgeschäft aufgestellten Bedingungen angenommen und der Stifter das zugesagte Stiftungsgut auf den Stiftungsträger übertragen hat. Denn mit der Annahme wird die unselbständige Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang einbezogen. Der Annahme kommt also für die unselbständige Stiftung insoweit die gleiche Bedeutung zu wie der Genehmigung bei der rechtsfähigen Stiftung. In anderer Beziehung unterscheidet sie sich jedoch von dieser; sie bedarf deshalb einer eingehenderen Betrachtung. Die Annahme einer angebotenen Stiftung stellt nach h.M. nichts anderes dar als die Annahme eines Vertragsangebots, sofern es sich bei der unselbständigen Stiftung um eine durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichtete handelt. Da nach der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise das Rechtsverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger kein schuldrechtliches Vertragsverhältnis ist, kann diese Auffassung vom Wesen der Annahme nicht beibehalten werden.

Die Annahme hat verschiedene Rechtsfolgen je nachdem, ob der als Stiftungsträger in Aussicht genommenen juristischen Person das Stiftungsgut zunächst nur versprochen oder ob es ihr schon übertragen wurde. Im ersten Fall erklärt der zukünftige Stiftungsträger nur seine Bereitschaft, die angetragene Aufgabe zu übernehmen; im zweiten Fall kommt hinzu, daß das Stiftungsgut in den öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang einbezogen und die Zweckbestimmung der Stiftung damit realisiert wird. Die Annahme enthält also regelmäßig die Erklärung des Stiftungsträgers, die Verwirklichung des Stiftungszwecks übernehmen zu wollen. Sie hat für die als Stiftungsträger in Aussicht genommene Person eine Ausdehnung

ihres Tätigkeitsbereichs zur Folge. Erklärt sich z.B. eine Gemeinde mit der Verwaltung einer unselbständigen Stiftung einverstanden, die die Einrichtung und Erhaltung einer Gemäldegalerie bezweckt, so übernimmt sie damit, falls sie bisher keine Kunstsammlung unterhalten hat, eine neue Aufgabe. Aber auch wenn sie sich in dem betreffenden Lebensbereich schon betätigen würde, so bedeutete die Annahme dieser unselbständigen Stiftung wegen der Selbständigkeit des Stiftungszwecks eine Ausdehnung ihres Aktionsbereichs. Nicht anders steht es, wenn eine rechtsfähige Stiftung eine ihr angetragene unselbständige Stiftung annimmt. Denn da die unselbständige Stiftung - im Gegensatz zur Zustiftung - einen vom Zweck der Hauptstiftung verschiedenen Zweck verfolgt, führt die Annahme der unselbständigen Stiftung auch hier zu einer Ausweitung des Tätigkeitsbereichs der Hauptstiftung. Angesichts der bestimmenden Rolle des Zwecks bei einer juristischen Person stellt die Annahme einer unselbständigen Stiftung - und damit die Aufnahme einer neuen Zweckverwirklichung - etwas anderes dar als die Übernahme einer vertraglichen Verpflichtung. Wenn sie auch die Identität der juristischen Person in der Regel nicht in Frage stellen wird, so kann ihr doch eine ähnliche Bedeutung zukommen wie einem Beschluß der Mitgliederversammlung einer Körperschaft, einen neuen, bisher nicht angestrebten Zweck zu verfolgen. Handelt es sich bei der als Stiftungsträger in Aussicht genommenen Person um eine juristische Person des öffentlichen Rechts, so nimmt die Annahmeerklärung den Charakter eines öffentlich-rechtlichen Aktes an. Das bedeutet, daß bei der Entscheidung über die Annahme der angetragenen Stiftung nicht der Grundsatz der Vertragsfreiheit, sondern öffentlich-rechtliche Maßstäbe gelten.

Praktische Bedeutung erlangt der Charakter der Annahme für die Frage, ob die als Stiftungsträger vorgesehene juristische Person des öffentlichen Rechts verpflichtet ist, die ihr angebotene Stiftung anzunehmen. Aus § 88 NGO und den entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen der anderen Länder läßt sich diese Frage nicht eindeutig beantworten. Die Gemeinden sind nach diesen Bestimmungen zwar verpflichtet, die vorhandenen Stiftungen zu verwalten. Ob man aus dieser Pflicht zur Verwaltung auf eine Pflicht zur Annahme neuer Stiftungen schließen darf, ist sehr zweifelhaft. In der Literatur, insbesondere in den Kommentaren zu den Gemeindeordnungen, fehlt fast durchweg eine Stellungnah-

me zu dieser Frage. Lediglich im Kommentar von Kunze-Schmid. zur baden-württembergischen Gemeindeordnung findet sich die Bemerkung, die Gemeinden im Landesteil Württemberg seien nach Herkommen zur Übernahme der Verwaltung einer Stiftung verpflichtet, wenn dies der Stifter bestimme und die Stiftung das Gemeinwohl nicht gefährde[1]. In ähnlichem Sinn darf wohl eine Bemerkung in der ersten Auflage des Kommentars von Helmreich zur bayerischen Gemeindeordnung verstanden werden, daß der Wille des Stifters darüber entscheide, ob die Stiftung von der Gemeinde zu verwalten sei[2].

Es handelt sich hier um die Frage, ob der Stifter einen Anspruch darauf hat, daß seine Stiftung angenommen und damit rechtlich anerkannt wird. Die Erörterung dieser Fragestellung bei der rechtsfähigen Stiftung (vgl. oben S. 76 f.) hatte ergeben, daß der Stifter nur eine fehlerfreie Handhabung des Ermessens, nicht aber die Erteilung der Genehmigung selbst beanspruchen kann und daß er gegen die eventuelle Verweigerung der Genehmigung Klage vor dem Verwaltungsgericht erheben kann. Eine Übertragung dieser Grundsätze auf die unselbständige Stiftung ist nicht ohne weiteres möglich. Es ist hier zu bedenken, daß die Annahme einer unselbständigen Stiftung für den Stiftungsträger eine Ausweitung seines Tätigkeitsbereichs zur Folge hat. Mit der Annahme einer Verpflichtung der Gemeinde z.B. würde man deshalb mit dem Grundsatz des Gemeinderechts in Konflikt kommen, daß es der Entscheidung der Gemeindeorgane überlassen ist, welche Aufgaben die Gemeinde verfolgen will. Die Annahme unterscheidet sich somit wesentlich von der Genehmigung bei der rechtsfähigen Stiftung. Während bei der rechtsfähigen Stiftung die Genehmigung nur beim Vorliegen sachlicher Versagungsgründe verweigert werden darf, unterliegt die Gemeinde bei der Entscheidung über Annahme oder Ablehnung der angebotenen Stiftung keiner derartigen Bindung. Daß sich daraus für den Stifter eine gewisse Unsicherheit ergibt, muß hingenommen werden, zumal der Stifter nicht gehindert ist, die Errichtung einer rechtsfähigen Stiftung zu betreiben - und gegen die Versagung der beantragten Genehmigung das Verwaltungsgericht anzurufen -, wenn er das Risiko einer ablehnenden Entscheidung der Gemeinde nicht eingehen will.

1) Anm.II, 1 zu § 84 bad.-württ. Gem.O.
2) Anm.I zu Art.72 bayer. Gem. O.

Gegen die Annahme einer Verpflichtung erheben sich außerdem insofern Bedenken, als sie dazu führen würde, daß die Gemeinde z.B. bei der Verteilung der Stiftungsleistungen nach den vom Stifter gesetzten Maßstäben verfahren müßte, die möglicherweise - ohne daß der Stiftungszweck schon zu einer Gefährdung des Gemeinwohls führen müßte - der Gemeinde als wenig förderungswürdig erscheinen. Allerdings verliert dieses Bedenken an Überzeugungskraft durch die Erwägung, daß die Gemeinden bei den schon vorhandenen Stiftungen ebenfalls an die Vorstellungen des Stifters gebunden sind und daß Stiftungen zur Verwirklichung derart heikler Zwecke selten vorkommen.

Eine abschließende Stellungnahme zu der Frage einer Annahmeverpflichtung ist - auch im Hinblick auf den Stand der Klärung dieser Frage bei der rechtsfähigen Stiftung - im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Hier können nur die Gesichtspunkte aufgezeigt werden, die bei der Erörterung in Betracht zu ziehen sind.

3. Die Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger

Die Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger ist verschieden je nachdem, ob die unselbständige Stiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder Verfügung von Todes wegen errichtet wurde. In letzterem Fall geht das Stiftungsgut entweder durch Universalsukzession (wenn der Stiftungsträger Erbe wurde) oder durch Einzelübertragung (wenn der Stiftungsträger Vermächtnisnehmer wurde) auf den Stiftungsträger über. Die Zweckbindung des Stiftungsguts wird nicht in Form einer Vermächtnisverpflichtung oder einer Auflagelast des Stiftungsträgers realisiert, sondern durch Einbeziehung der Stiftung in einen öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang.

Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten unselbständigen Stiftung lassen sich verschiedene Arten der Fallgestaltung denken. Im einfachsten Fall erfolgen Errichtung der Stiftung und Übertragung des Stiftungsguts gleichzeitig. Möglich ist weiterhin, daß Stifter und Stiftungsträger zunächst die Bestimmungen festlegen, nach denen die geplante un-

selbständige Stiftung verwaltet werden soll, und der Stifter erst danach das Stiftungsgut, gleichsam in Erfüllung des Stiftungsgeschäfts, auf den Stiftungsträger überträgt. Endlich mag es Fälle geben, wo der Stifter dem zukünftigen Stiftungsträger oder auch einem Dritten gegenüber verspricht, eine unselbständige Stiftung zu errichten.

Enthält das Stiftungsgeschäft die Übertragung des Stiftungsguts, so ist ein Schuldverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger vor Errichtung der Stiftung nicht vorhanden und wird auch durch die Annahme der Stiftung durch den Stiftungsträger nicht begründet. Es fehlt hier ebenso an einer causa wie bei derjenigen rechtsfähigen Stiftung, die das Stiftungsgut mit der Genehmigung erworben hat. Ein durch eine causa als typischen Vertragszweck gekennzeichnetes Verpflichtungsgeschäft liegt nicht vor, da weder der Stifter verpflichtet war, die unselbständige Stiftung zu errichten, noch der Stiftungsträger verpflichtet wird, den Stiftungszweck zu verwirklichen. Es ist aber auch keine causa im Sinne einer Rechtsgrundvereinbarung feststellbar. Denn dann müßte in dem Fall, daß der Stiftungszweck nicht erreicht wird, ein Anspruch des Stifters aus § 812 Abs.1 S.2 2. Alt. BGB entstehen, was jedoch nicht eintritt. Wird die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich, so entscheidet vielmehr - jedenfalls bei der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung - gemäß §§ 88 Abs.2 NGO/87 BGB die Gemeinde darüber, was mit dem Stiftungsgut zu geschehen hat. Die unselbständige Stiftung vermag also eine Änderung ihres Zweckes zu überstehen, was nicht möglich wäre, wenn man die Rechtsbeziehung zwischen Stifter und Stiftungsträger als Schuldverhältnis auffassen würde. Wäre eine causa im Sinne einer Rechtsgrundvereinbarung vorhanden, so müßte es auch möglich sein, daß Stifter und Stiftungsträger die Stiftung einverständlich aufheben. Dies ist jedenfalls bei der gemeindeverwalteten unselbständigen Stiftung offenbar nicht zulässig.

Der Umstand, daß bei Errichtung einer unselbständigen Stiftung eine Rechtsgrundvereinbarung nicht anzutreffen ist, bedeutet allerdings nicht, daß der Stifter das Stiftungsgut vom Stiftungsträger nach Bereicherungsrecht zurückverlangen könnte. Zwar wird der Ausschluß eines derartigen Rückforderungsrechts bei der unselbständigen Stiftung nicht durch den Schutz etwaiger Stiftungsgläubiger gefordert, weil die unselbständige Stiftung nicht zum Rechtssubjekt verselbständigt wird. Der Ausschluß des Rückforderungsrechts ergibt sich jedoch aus dem Wesen der Stiftung. Denn

von einer Stiftung im Rechtssinn kann nur gesprochen werden, wenn die einmal begründete Stiftung vor Willensänderungen ihres Schöpfers rechtlich geschützt wird.

Das Fehlen eines Schuldverhältnisses bedeutet vor allem, daß aus dem Stiftungsgeschäft weder für den Stifter noch für den Stiftungsträger Rechte oder Pflichten entstehen. Insbesondere ist der Stifter weder zu Nachschüssen noch zur Gewährleistung für Mängel des Stiftungsguts verpflichtet. Im Unterschied zur rechtsfähigen Stiftung gibt es keine Stiftungsgläubiger, deren Schädigung zu befürchten wäre. Auch der Stiftungsträger ist nicht schutzbedürftig, da er eigenes Vermögen nicht zuzusetzen braucht.

Die Einsicht, daß ein Schuldverhältnis zwischen Stifter und Stiftungsträger weder vor Errichtung der Stiftung vorzuliegen braucht noch dadurch entsteht, bedeutet anderseits nicht, daß der Charakter der Stiftungserrichtung als eine unentgeltliche Zuwendung geleugnet werden müßte. Wie bei der rechtsfähigen Stiftung, so stellt auch hier die Errichtung der Stiftung eine Minderung des Vermögens des Stifters dar, der eine entsprechende Vermögensvermehrung nicht gegenübersteht. Die an die Eigenschaft als eine unentgeltliche Zuwendung anknüpfenden gesetzlichen Regeln sind deshalb - wie bei der rechtsfähigen Stiftung - anwendbar.

Die Annahme eines Schuldverhältnisses könnte näher liegen in den Fällen, wo Stifter und Stiftungsträger zunächst die für die geplante Stiftung vorgesehenen Regelungen festlegen und der Stifter danach das Stiftungsgut auf den Stiftungsträger überträgt. Hier wäre immerhin an eine Verpflichtung des Stifters zu denken, dem zukünftigen Stiftungsträger das zugesagte Gut zu übertragen. Eine derartige Verpflichtung kann jedoch nach der hier vorgeschlagenen Betrachtungsweise nicht entstehen. Denn solange das Stiftungsgut nicht übertragen und damit seine Zweckbindung noch nicht geschaffen worden ist, besteht kein wirksames Stiftungsgeschäft, das Rechte und Pflichten hervorbringen könnte. Der Wille des Stifters wird erst dann gebunden, wenn die Stiftung vollendet ist. Aus diesem Grunde scheidet auch eine analoge Anwendung des § 82 S.1 BGB aus, wonach der Stifter nach Erteilung der Genehmigung verpflichtet ist, das in dem Stiftungsgeschäft zugesagte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen. Denn die unselbständige Stiftung ist durch Festlegung der

Stiftungssatzung noch nicht errichtet, während das bei ihrem rechtsfähigen Gegenstück mit Erteilung der Genehmigung der Fall ist, auch wenn das Stiftungsgut noch nicht auf die Stiftung übergegangen ist.

Das Ergebnis, daß eine Verpflichtung des Stifters in Fällen dieser Art nicht entsteht, entspricht nicht nur der Lebensanschauung, wonach derartige Stiftungen erst dann für unwiderruflich gehalten werden, wenn der Stifter das zugesagte Vermögen tatsächlich weggegeben hat, es läßt sich auch mit den Gedanken vereinbaren, die der gesetzlichen Regelung der entsprechenden Frage bei der rechtsfähigen Stiftung zugrunde liegen. Dort tritt die Bindung des Stifters auch erst sehr spät, strenggenommen im letztmöglichen Zeitpunkt, ein, wenn sie nämlich durch den Schutz der Stiftungsgläubiger zwingend gefordert wird. Denn laut § 81 Abs.2 S. 1 BGB ist der Stifter bis zur Erteilung der Genehmigung zum Widerruf berechtigt. Im übrigen werden, anders als bei der rechtsfähigen Stiftung, keine Interessen Dritter dadurch gefährdet, daß dem Stifter die Freiheit zugebilligt wird, seine Zusage nicht einzuhalten. Denn Stiftungsgläubiger sind nicht vorhanden; die als Destinatäre in Frage kommenden Personen haben, da vor Übertragung des Stiftungsguts die Stiftung nicht entstanden ist, keine Ansprüche, und der Stiftungsträger braucht aus demselben Grunde nicht tätig zu werden. Allenfalls wäre an einen Anspruch des Stiftungsträgers auf Ersatz eines eventuellen Vertrauensschadens zu denken. Da durch Festlegung der Satzung einer geplanten Stiftung eine Verpflichtung des Stifters nicht entsteht, braucht die Form weder des § 313 noch des § 518 BGB eingehalten zu werden, wenn der Stifter verspricht, dem Stiftungsträger ein Grundstück zu übereignen. § 518 BGB wäre auch deshalb nicht anwendbar, weil die Errichtung der Stiftung keine Schenkung ist.

Es bleiben die Fälle zu erörtern, wo der Stifter dem zukünftigen Stiftungsträger oder auch einem Dritten gegenüber verspricht, eine unselbständige Stiftung zu errichten. Falls eine Verpflichtung dieser Art eingegangen werden kann, so stellt die Errichtung der unselbständigen Stiftung zugleich eine zum Zweck der Vertragserfüllung erbrachte Leistung dar.

In der entsprechenden Fragestellung bei der rechtsfähigen Stiftung hatte sich gezeigt, daß eine Verpflichtung zur Errichtung einer Stiftung eingegangen werden kann (vgl. oben S. 78). Als Partner eines solchen Vertrages kommen bei der rechtsfähigen Stiftung allerdings nur Dritte in Betracht,

nicht die zu errichtende Stiftung selbst. Bei Übertragung dieses Grundsatzes auf die unselbständige Stiftung ergibt sich, daß Einwände gegen eine Verpflichtung des zukünftigen Stifters einem Dritten gegenüber, eine unselbständige Stiftung zu errichten, nicht ersichtlich sind. Insbesondere steht einer solchen Verpflichtung nicht entgegen, daß die unselbständige Stiftung weder ein Schuldverhältnis voraussetzt noch begründet. Die causa für die Errichtung der Stiftung ist in Fällen dieser Art in dem Vertragsverhältnis zwischen dem Stifter und dem Dritten zu suchen. Die praktische Bedeutung dieser Art der Fallgestaltung wird allerdings, wie abschließend bemerkt werden darf, gering sein.

Interessanter ist die Frage, ob der Stifter sich dem zukünftigen Stiftungsträger gegenüber zur Errichtung einer unselbständigen Stiftung verpflichten kann. Logisch ausgeschlossen wie bei der rechtsfähigen Stiftung ist eine derartige Verpflichtung bei der unselbständigen Stiftung nicht, da ein Vertragspartner in Gestalt des zukünftigen Stiftungsträgers vorhanden ist. Dafür könnte auch die Vertragsfreiheit sprechen: warum sollte der Stifter eine derartige Verpflichtung nicht eingehen können?

Gegen die Annahme einer derartigen Verpflichtung des Stifters werden in den Fällen keine Einwendungen zu erheben sein, wo die Errichtung der Stiftung als eine Leistung qualifiziert werden kann, die zu erbringen der Stifter in einem gegenseitigen Vertrage (oder doch im weiteren Sinne entgeltlich) versprochen hat. Denn dann ist (in dem gegenseitigen Vertrage) eine causa für die Errichtung der unselbständigen Stiftung vorhanden.

Dagegen erscheint es zweifelhaft, ob die vom Stiftungsträger angenommene Zusage des Stifters, eine unselbständige Stiftung zu errichten, eine entsprechende Verpflichtung des Stifters erzeugt, ohne daß der Stiftungsträger eine Leistung verspricht. Wäre dies der Fall, so käme er zu einem mißlichen Ergebnis: der Stifter würde durch eine derartige Zusage gebunden, während aus dem vollzogenen Stiftungsgeschäft für ihn eine Verpflichtung, z.B. auf Mängelhaftung oder Nachschüsse, nicht entsteht.

Man wird eine derartige (vom Stiftungsträger angenommene) Zusage deshalb nicht als eine verpflichtende causa qualifizieren dürfen. Für dieses Ergebnis spricht im übrigen, daß auch bei der rechtsfähigen Stiftung aus Vereinbarungen des Stifters mit den zukünftigen Organen keinerlei Ver-

pflichtung des Stifters entsteht. Zuletzt sei darauf hingewiesen, daß sich erhebliche Auslegungsschwierigkeiten ergäben, würde man einer derartigen Vereinbarung zwischen Stifter und Stiftungsträger verpflichtende Wirkung beimessen. Die verbindliche Vereinbarung dürfte von der unverbindlichen Vorbesprechung über die Ausgestaltung einer geplanten unselbständigen Stiftung kaum abzugrenzen sein.

Die (vom Stiftungsträger angenommene) Zusage des Stifters, eine unselbständige Stiftung zu errichten, stellt in der Regel auch keine causa im Sinn eines Rechtsgrundes dar. Denn eine Rückforderung des Stiftungsguts in dem Fall, daß der Stiftungszweck nicht erreicht wird, findet gerade nicht statt.

Die erwähnte Zusage enthält jedoch dann eine Rechtsgrundabrede (und damit eine causa), wenn sie anläßlich der Übertragung des Stiftungsguts abgegeben und vom Stiftungsträger angenommen wird. Dieser Fall wird selten vorkommen, weil in den weitaus meisten Fällen die unselbständige Stiftung schon errichtet sein wird, wenn das gestiftete Gut auf den Stiftungsträger übertragen und in den öffentlich-rechtlichen Funktionszusammenhang einbezogen worden ist. Immerhin ist denkbar, daß der Stifter das Stiftungsgut zwar schon übertragen hat, das Wirksamwerden des Stiftungsgeschäfts jedoch ausbleibt, weil der Stiftungsträger - etwa auf Grund eines Beschlusses einer Vertretungskörperschaft - die angetragene Stiftung zurückweist. In diesem Sinne besteht eine Abrede über den Zweck der Zuwendung. Deren Rechtsbeständigkeit ist davon abhängig gemacht, daß ein bestimmter Erfolg eintritt, daß nämlich die geplante unselbständige Stiftung zustande kommt. Bleibt dieser Erfolg aus, so kann der Stifter das Stiftungsgut kondizieren.

Hierin erschöpft sich aber der rechtliche Gehalt von Vorbesprechungen zwischen dem Stifter und dem Stiftungsträger vor Errichtung einer unselbständigen Stiftung. Im übrigen sind sie rechtlich unverbindlich, d.h. sie begründen weder eine Verpflichtung zur Leistung noch Mängelhaftung noch Rückforderungsansprüche, wenn später die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich oder - trotz Annahme - der Stiftungszweck tatsächlich nicht erfüllt wird. Die gegenteilige Ansicht würde zu einem sachlich nicht begründeten Unterschied zur rechtsfähigen Stiftung führen, bei der aus Vorbesprechungen des Stifters mit den als Stif-

tungsorgane in Aussicht genommenen Personen keine Verpflichtungen des Stifters entstehen

II. Im Verhältnis zu den Kollatoren

Für die Darstellung der Rechtsbeziehungen zu den Kollatoren ergeben sich keine Schwierigkeiten, wenn ein Organ des Stiftungsträgers die Destinatäre auswählen soll. Es handelt sich dann insoweit um "Verwaltung der Stiftung", und die Verpflichtung zur Vornahme von Verwaltungshandlungen ergibt sich für die gemeindeverwaltete unselbständige Stiftung aus § 88 Abs. 1 NGO. Die Pflicht des Kollators zum Tätigwerden erscheint in Fällen dieser Art als öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Stiftungsträgers. Ihre Erfüllung wird durch die Aufsicht gesichert. Diese Form der Gestaltung, daß nämlich die Funktion des Kollators von Organen des Stiftungsträgers wahrgenommen werden soll, wird bei den meisten unselbständigen Stiftungen anzutreffen sein.

Es kann aber auch sein, daß das Amt des Kollators einer Person zufallen soll, die nicht Organ des Stiftungsträgers ist. Hier entsteht die gleiche Schwierigkeit, wie sie bei der rechtsfähigen Stiftung für die entsprechende Fragestellung aufgetaucht und bisher befriedigend nicht gelöst ist. Soweit die Kollatorstellung an die Innehabung eines bestimmten Amtes geknüpft ist, kann möglicherweise eine Pflicht zum Tätigwerden als Kollator durch Einbeziehung dieser Tätigkeit in den Kreis der aus dem Amt entspringenden Pflichten dargestellt werden. Soweit die Kollatoreigenschaft aber in anderer Weise erworben wird (z.B. durch Zuwahl), entfällt auch diese Möglichkeit. Zu erwägen wäre hier allenfalls, die Kollatorstellung als ein der Rechtsbeziehung zwischen Verein und Vorstandsmitglied vergleichbares, "sozialrechtliches" Rechtsverhältnis aufzufassen. Bedenken dagegen ergeben sich jedoch aus dem Umstand, daß eine Personenvereinigung bei der Stiftung nicht anzutreffen ist. Wie bei der rechtsfähigen Stiftung, so liegt auch hier eine Aufgabe mit Eigengesetzlichkeit vor, der mit dem Instrumentarium des Privatrechts schwer beizukommen ist. Es ist deshalb nicht zweifelsfrei, ob in Fällen dieser Art eine Rechtspflicht des Kollators zum Tätigwerden überhaupt entsteht. Eine rechtlich wirksame Sicherung für die Realisierung des Stiftungszwecks wäre in dem Fall, daß die Pflicht des Kollators als Rechtspflicht nicht an-

gesehen werden kann, nicht mehr gegeben, und wenn keine sonstigen Sicherungen bestanden, könnte das Gebilde nicht mehr als (unselbständige) Stiftung qualifiziert werden. Denn eine staatliche Aufsicht, wie sie bei der rechtsfähigen Stiftung stattfindet und eine Bindung der Organpersonen (und damit auch der Kollatoren) an den Stiftungszweck schafft, besteht bei der unselbständigen Stiftung nur dort, wo die Verwaltung von Amtsträgern geführt wird, nicht aber dort, wo Privatpersonen als Kollatoren tätig werden sollen. Die Einbeziehung der Kollatoren ist in Fällen dieser Art rechtlich kaum noch zu realisieren. Falls andere Sicherungen bestehen, braucht jedoch das Fehlen einer Rechtsbeziehung nicht zur Funktionsunfähigkeit der Stiftung zu führen. Praktisch werden sich in dieser Beziehung auch kaum Schwierigkeiten ergeben, weil bei dauernder Funktionsunfähigkeit der vom Stifter gesetzten besonderen Organisation die Verwaltung der Stiftung von den Organen des Stiftungsträgers übernommen wird, die jedenfalls im Gemeinderecht (vgl. § 88 Abs. 1 NGO), subsidiär dazu berufen sind. Allerdings wird diese Übernahme der Verwaltung durch eigene Organe des Stiftungsträgers nur als ultima ratio in Frage kommen, denn sie bedeutet immer eine Mißachtung, jedenfalls Nichtberücksichtigung des Willens des Stifters und ist deshalb nur zu rechtfertigen, wenn die Stiftung sonst in ihrem Bestande bedroht wäre. Im übrigen darf darauf hingewiesen werden, daß die praktische Bedeutung der erörterten Frage nicht allzu groß ist, da, wie wiederholt werden darf, bei den meisten unselbständigen Stiftungen die Verwaltung von Organen des Stiftungsträgers geführt wird.

III. Im Verhältnis zu den Destinatären

Stellt man die unselbständige Stiftung als Schuldverhältnis dar, so ergeben sich im Verhältnis zu den Destinatären erhebliche Schwierigkeiten. Bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden errichteten unselbständigen Stiftung stehen nur die Kategorie des Vertrages zugunsten Dritter, bei der durch Verfügung von Todes wegen geschaffenen die Kategorien Vermächtnis und Auflage zur Verfügung. Einen klagbaren Anspruch der Destinatäre auf Stiftungsleistungen kann man in dem Fall, daß die unselbständige Stiftung eine Erbeinsetzung (Vermächtniszuwendung) mit

Auflage ist, nicht begründen. Außerdem ist mit der Konstruktion des schuldrechtlichen Anspruchs der Destinatäre über ein bloßes Forderungsrecht nicht hinauszukommen, eine Einbeziehung der Destinatäre, die doch ihrer Stellung innerhalb des Gesamtkomplexes Stiftung entspricht, nicht realisierbar.

Wird die Stiftung wie hier geschehen verwirklicht, so ist die Schwierigkeit ausgeräumt, zur Erklärung des Rechtsverhältnisses zwischen Destinatär und Stiftungsträger auf die Kategorien des Schuldrechts angewiesen zu sein. In geeigneten Fällen kann diese Rechtsbeziehung auch als ein mitgliedschaftsähnliches Rechtsverhältnis[1] qualifiziert und damit die Folgerung aus der Zugehörigkeit der unselbständigen Stiftung zu dem Gattungsbegriff Stiftung[2] gezogen werden. Dies gilt auch für die Qualifizierung der Satzung der unselbständigen Stiftung als eine objektive Rechtsnorm.

1. Die Entstehung des Rechts der Destinatäre

Das Recht der Destinatäre entsteht entweder unmittelbar durch Erfüllung der objektiven Voraussetzungen der Stiftungssatzung oder durch Zuerkennung eines derartigen Anspruchs durch die dazu berufenen Personen. Wann im Einzelfall es einer Zuerkennung nicht bedarf, wird oft nicht leicht zu entscheiden sein. Für die rechtsfähige Stiftung wird nach h.M. darauf abgestellt, ob die Destinatäre hinreichend genau bestimmt sind[3]. Dieses Kriterium ist auch für die unselbständige Stiftung brauchbar. Die unmittelbare Berechtigung wird allerdings die Ausnahme sein. Voraussetzung ist dafür immer, daß der Kreis der potentiellen Destinatäre nicht allzu groß ist. Verteilen sich die Stiftungsleistungen auf allzuviele Empfänger, so kann die Erreichung des Stiftungszwecks dadurch unmöglich gemacht werden.

Auch im Verhältnis zu den Destinatären wirkt es sich aus, daß die Er-

1) Soergel-Siebert (Siebert) § 85 Rdnr. 11; vgl. oben S.92 ff.
2) Staudinger-Coing Vorbem. 1 vor § 80.
3) Vgl. oben S.91.

richtung einer Stiftung in wesentlichen Teilen ein Rechtsetzungsakt ist, und zwar in der Frage, welche Auswahlprinzipien Gültigkeit erlangen können und welchen sie zu versagen ist. Es macht das Wesen der unselbständigen Stiftung des Privatrechts gegenüber ihrem öffentlich-rechtlichen Gegenstück aus, daß der Stiftungsträger bei der Verwendung der Stiftungserträge nicht an die für seine sonstige Verwaltungstätigkeit geltenden Grundsätze gebunden ist. Das bedeutet vor allem, daß er den Gleichheitsgrundsatz nicht zu beachten braucht. Ordnet z.B. der Stifter an, daß die Stiftungsleistungen nur Personen männlichen Geschlechts zugute kommen sollen, so wird dieser Wille sicherlich respektiert werden müssen. Ob allerdings alle Zwecke, die ein Privater verfolgen dürfte, Berücksichtigung finden können, ist fraglich. So wäre ein Privatmann nicht gehindert, Wohltaten nur an die Angehörigen einer bestimmten Rasse auszuteilen und - was bedeutungsvoller ist - die Angehörigen einer anderen Rasse auszuschließen. Daß so bei der Auswahl von Destinatären einer unselbständigen Stiftung verfahren werden kann, läßt sich mit gleicher Sicherheit jedenfalls nicht behaupten. Hier entstehen die gleichen Fragen, die schon bei Erörterung der Genehmigungsvoraussetzungen bei der rechtsfähigen Stiftung (vgl. oben S.76) angeschnitten wurden. Bei der Suche nach einer Lösung dieser Frage wird man Mestmäcker[1)] beipflichten müssen, der "das in der Stiftung u.U. scharf hervortretende Spannungsverhältnis von Inanspruchnahme des Schutzes der Grundrechte und Bindung des Privatrechtssubjekts an die Grundrechte" nicht generell, sondern nur im Einzelfall lösen will.

2. Die Art des Rechtsverhältnisses

Bei der Destinatärschaft kann es sich um ein Forderungsrecht handeln, sie kann jedoch, besonders bei Anstaltsstiftungen, auch einen mitgliedschaftsähnlichen Charakter annehmen. Der Vorteil dieser Betrachtungsweise wird in den Fällen deutlich, wo für die Destinatäre Verhaltenspflichten begründet werden. Vielfach wird erwartet, daß die Destinatäre einer Stiftung sich ihrer Stellung als würdig erweisen. Empfängt jemand z.B. Leistungen aus einer milden Stiftung, so kann es für seinen Destinatärstatus nicht

1) S. G 16.

ohne Bedeutung bleiben, wenn er das empfangene Geld für Suchtmittel ausgibt. Daß in diesem Fall der Destinatärstatus muß entzogen werden können, ist eine unabweisbare Forderung. Die Erscheinung, daß ein außerhalb des speziellen Rechtsverhältnisses liegendes Verhalten Wirkungen auf die Rechtsstellung der betreffenden Person in diesem Rechtsverhältnis hat, kennen wir nur bei Rechtsbeziehungen mit "personenrechtlichem" Einschlag, also beim Arbeitsverhältnis, der Gesellschaft, dem Beamtenverhältnis. Vor allem bei Anstaltsstiftungen ist eine derartige "personenrechtliche" Einbeziehung der Destinatäre in den Bereich der Stiftung zu beobachten. Ein gutes Beispiel dafür bietet die Elly-Hölterhoff-Böcking-Stiftung[1] der Universität Bonn. Stiftungszweck war dort die Förderung lediger unversorgter Frauen, besonders Bonner Professorentöchter. Während die katholischen Stiftsdamen Geldleistungen, "Präbenden", bezogen, wurden die evangelischen Damen in einem Stiftshaus durch Naturalleistungen verpflegt. Sie übernahmen dabei die Verpflichtung, als Lehrkräfte in der von der Stiftung eingerichteten Haushaltungsschule tätig zu werden. Die rechtliche Konstruktion (es handelte sich bei der erwähnten Stiftung um eine unselbständige Stiftung) ist laut § 6 der Stiftungsurkunde folgende[2]: Das Anrecht der Stiftsdamen soll bedingt sein durch die Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen. Diese zumindest merkwürdige Konstruktion ist entbehrlich, wenn man die Destinatärschaft wie hier geschehen auffaßt.

Die Ähnlichkeit der Destinatärstellung mit der Mitgliedschaft beim Verein hat jedoch, wie auch bei der rechtsfähigen Stiftung, ihre Grenzen. Den Destinatären ist vor allem eine Willensbildung und Mitwirkung bei der Verwaltung der Stiftung versagt. Ist eine derartige Mitwirkung vorgesehen, so nimmt die konkrete Stiftung korporative Züge an. Die Destinatäre gehen anders als die Mitglieder eines Vereins ein finanzielles Risiko nicht ein. Im ungünstigsten Fall erhalten sie keine Stiftungsleistungen, büßen jedoch eigene Mittel - wie die Mitglieder beim Verein - nicht ein. Sie ähnelt der Mitgliedschaft allerdings wieder insofern, als die Destinatäre nur den "Reingewinn" beanspruchen können. Müssen die Nutzungen des Stiftungsguts zur Bezahlung von Gläubigern verwendet werden, so gehen die Destinatäre leer aus.

Da die Destinatäre ihre Rechtsstellung ohne eigenes Zutun erwerben, muß

1) Schreuer, RG-Festschrift II S.306 ff.
2) Nach Schreuer a.a.O., S.314.

ihnen die Befugnis zugestanden werden, den Destinatärstatus - und zwar mit ex-tunc-Wirkung - wieder zu beseitigen. Diese Ansicht läßt sich stützen auf den Grundsatz, daß niemandem ein Recht (bzw. die Befreiung von einer Verbindlichkeit) gegen seinen Willen oder doch ohne seine Mitwirkung soll aufgedrängt werden können, der im BGB Ausdruck gefunden hat in § 333, wonach beim Vertrage zugunsten Dritter der Dritte das ihm aus dem Vertrag entstandene Recht zurückweisen kann, und der auch der Regelung des § 397 zugrundeliegt, wonach eine Schuld nur vertraglich erlassen werden kann. Bedenken gegen eine Anwendung dieses Rechtsgedankens im Destinatärverhältnis bestehen nicht, da eine Gefährdung von Interessen der Stiftung oder Dritter nicht zu befürchten ist.

IV. Die Rechtsstellung des Stiftungsguts

Das Stiftungsgut fällt in das Vermögen des Stiftungsträgers. Entweder wird es vom Stifter - oder seinen Erben, sofern der Stiftungsträger Vermächtnisnehmer wurde - durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Stiftungsträger übertragen, oder es geht im Wege der Universalsukzession (§ 1922 BGB) auf diesen über. Privatrechtlich ist die dingliche Rechtsstellung des Stiftungsträgers gegenüber derjenigen des gewöhnlichen Vollrechtsinhabers nicht gemindert. Dem Stiftungsträger stehen somit die evtl. aus dem Eigentum entstehenden Ansprüche aus §§ 985, 1004, 823 Abs.1, 823 Abs.2 und 816 Abs.1 BGB zu. Eine privatrechtliche Zweckbindung des Eigentums besteht nicht, denn eine causa, die - mit Hilfe einer Bedingung etwa - in die dingliche Rechtslage mit Wirkung gegenüber Dritten einwirken könnte, ist definitionsgemäß nicht vorhanden. Verfügungen des Stiftungsträgers, die vom Stiftungszweck nicht gedeckt sind, kann deshalb die dingliche Wirksamkeit nicht versagt werden. Die oben S.139 ff. näher dargelegten Sicherungen für die Zweckbestimmtheit des Stiftungsguts bieten jedoch eine gewisse Gewähr dafür, daß das Stiftungsgut seinem Zweck erhalten bleibt, eine bessere Gewähr jedenfalls als eine durch treuhänderische Abrede realisierte Zweckbestimmung, bei der die Position des Treugebers überhaupt nicht oder jedenfalls nach dem Tode des Stifters oder seiner an der Stiftung interessierten Erben nicht besetzt ist, eine wirksame Kontrolle mit-

hin nicht stattfindet.

Als Bestandteil des Vermögens des Stiftungsträgers unterliegt das Stiftungsvermögen grundsätzlich dem Zugriff der Gläubiger des Stiftungsträgers. Aus der Qualität des Stiftungsträgers als juristischer Person des öffentlichen Rechts ergeben sich jedoch erhebliche Einschränkungen dieses Grundsatzes. Zunächst ist allgemein zu bemerken, daß Zwangsvollstreckung und Konkurs bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts bei weitem nicht die Rolle spielen wie bei natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts. Über das Vermögen der Gemeinde findet gemäß § 136 Abs.2 NGO ein Konkurs- oder gerichtliches Vergleichsverfahren nicht statt. Auch die Zwangsvollstreckung wird praktisch seltener vorkommen, weil im Fall eines unverständigen Verhaltens der Gemeinde die Aufsichtsbehörde in der einen oder anderen Weise eingreifen wird.

Während für die rechtsfähige gemeindeverwaltete Stiftung vollstreckungsrechtlich nichts Besonderes gilt[1], sind für das Stiftungsgut einer unselbständigen Stiftung die für die Zwangsvollstreckung in Gemeindevermögen geltenden vollstreckungsrechtlichen Sondervorschriften maßgeblich. Eine Vollstreckung im Gemeindevermögen bedarf in Niedersachsen der (von der Aufsichtsbehörde zu erteilenden) Zulassung (§ 136 Abs.1 S.1 NGO)[2].

---

1) Die Schutzvorschrift des § 136 Abs.1 S.3 NGO gilt für rechtsfähige gemeindeverwaltete Stiftungen nicht, da hier nicht gegen das Rechtssubjekt Gemeinde, sondern gegen das Rechtssubjekt Stiftung vollstreckt wird. Eine Möglichkeit, den Schutz des § 136 NGO auf die rechtsfähige Stiftung auszudehnen, ist nicht ersichtlich (ablehnend auch Kerrl-Weidemann DGO S. 726, ebenso Surén, Gemeindewirtschaftsrecht VIII, 2a Anm.5 (S.126).

2) § 882 a ZPO, wonach die beabsichtigte Zwangsvollstreckung nur angezeigt zu werden braucht, gilt hier nicht, da von der in § 15 Nr.3 EGZPO dem Landesgesetzgeber vorbehaltenen Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung in Gemeindevermögen besonders zu regeln, mit Erlaß der NGO Gebrauch gemacht wurde.

§ 136 Abs.1 S.3 NGO schließt nun eine derartige Zulassung hinsichtlich der Vermögensgegenstände aus, die durch Stiftungsakt zweckgebunden sind[1]. Das gilt offenbar auch für Schulden der Gemeinde, die im Zusammenhang mit der Verwaltung der unselbständigen Stiftung entstanden sind; ja, das Verbot der Zwangsvollstreckung in Stiftungsgut scheint sogar die Ansprüche der Destinatäre zu betreffen. Dieses Ergebnis wäre jedoch sehr ungereimt: es könnte der Fall eintreten, daß die Destinatäre in das sonstige, nicht durch Stiftungsakt zweckgewidmete Vermögen der Gemeinde vollstrecken dürfen, während ihnen der Zugriff auf die Nutzungen des Stiftungskapitals, die dem Stiftungsträger vielleicht in Form einer Zinsforderung gegen eine Bank zustehen, verschlossen bleibt. Anderseits wäre es fragwürdig, die Destinatäre bei der Vollstreckung gegenüber den Gläubigern der Gemeinde aus im Zusammenhang der Stiftungsverwaltung entstandenen Forderungen zu begünstigen. Denn eine Privilegierung bestimmter Gläubiger gibt es im Recht der Einzelvollstreckung grundsätzlich nicht. Zu einer einwandfreien Lösung käme man auch nicht dadurch, daß man - was schon nicht unbedenklich wäre - die Nutzungen des Stiftungsguts als durch § 136 Abs.1 S.3 NGO nicht geschützt ansähe. Denn dann müßte wohl allen Gläubigern der Gemeinde die Vollstreckung auch in die Nutzungen des Stiftungsguts gestattet werden. Die genannte Vorschrift der NGO bietet in der praktischen Anwendung somit einige Schwierigkeiten; es bleibt zu prüfen, ob sie in ihrer gegenwärtigen Form de lege ferenda beibehalten werden soll.

Im übrigen darf darauf hingewiesen werden, daß der Frage der Haftung des Stiftungsträgers keine große praktische Bedeutung zukommt. Die meisten unselbständigen Stiftungen werden Kapitalstiftungen sein, bei denen das Stiftungsgut aus Forderungen des Stiftungsträgers z.B. gegen eine Bank besteht. Ein Haftungsfall kommt hier praktisch nicht vor. Handelt es sich nicht um eine Kapitalstiftung, sondern ist, was praktisch den Rest der unselbständigen Stiftungen ausmachen wird, ein Grundstück gestiftet, so wird auch

1) In den anderen Ländern (außer Niedersachsen) ist die Zwangsvollstrekkung in durch Stiftungsakt zweckgebundenes Gemeindevermögen nicht durch Gesetz ausgeschlossen, dort entscheidet die Aufsichtsbehörde nach pflichtmäßigem Ermessen, welche Vermögensgegenstände für die Zwangsvollstreckung freigegeben werden können, vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht VIII 3 b (S.130).

hier das Risiko eines Haftungsfalles nicht sonderlich drückend sein, da der Stiftungsträger für seine Grundstücke ohnehin eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen haben wird.

Auch das sich aus der Pflicht zur Grundstücksunterhaltung ergebende Risiko für den Stiftungsträger dürfte nicht sehr groß sein. Zur Bestreitung dieser Kosten stehen die Einkünfte des Stiftungsguts zur Verfügung; reichen sie nicht aus, so ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden, und der Stiftungsträger kann die für diesen Fall vorgesehenen Maßnahmen ergreifen.

Bedeutung erlangt die Frage der Haftung bei der Anstaltsstiftung. Hier besteht eine Fülle von Rechtsbeziehungen zwischen Stiftungsträger und dritten Personen. Falls nicht ohnehin eine rechtsfähige (gemeindeverwaltete) Stiftung errichtet wird (was vielfach gewollt sein wird), ist der Gemeinde die Möglichkeit nicht verwehrt, die Stiftung in eine rechtsfähige umzuwandeln.

Der eben dargelegte Gedankengang deutet darauf hin, daß die unselbständige Stiftung dem Typus nach die Rechtsform für die Kapitalstiftung darstellt. Bemerkenswert ist, daß in allen zehn eingangs der Arbeit angeführten Fällen das Stiftungsgut aus Geld bzw. einer Forderung bestand. Anders war es nur bei der Elly-Hölterhoff-Stiftung der Universität Bonn (vgl. oben S.173). Einer abschließenden Stellungnahme zu dieser Frage steht allerdings das im Stiftungsrecht oft beklagte Fehlen rechtssoziologischer Untersuchungen entgegen.

Schlußbetrachtung

Es bedarf kaum der Erwähnung, daß die unselbständige Stiftung in der vorliegenden Arbeit nicht nach allen Aspekten erörtert werden konnte. Wenn es ihr gelungen ist, die unselbständige Stiftung aus der Sackgasse herauszuführen, in die sie durch die Einordnung ins Recht der Schuldverhältnisse bzw. das Erbrecht geraten ist, so hat sie ihr Ziel erreicht. Es ist dann nicht mehr die Möglichkeit versperrt, sie als "Stiftung" anzu-

sehen und sie in ihren Rechtsbeziehungen vor allem zu den Destinatären als Stiftung zu behandeln, womit, wie zu zeigen versucht wurde, die dogmatischen Schwierigkeiten zum Teil ausgeräumt werden können. Es darf aber nicht verkannt werden, daß sich aus der bei jeder Stiftung, besonders aber der unselbständigen, anzutreffenden Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht weitere schwierige Fragen ergeben werden, wie das bei Grenzbereichen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten regelmäßig der Fall ist. Nicht ohne Grund hat Mestmäcker[1)] darauf hingewiesen, daß es ungewöhnlich schwierig zu beurteilen sei, ob und in welcher Form die unselbständige Stiftung vom Gesetzgeber fortgebildet werden sollte. Wissenschaftlicher Forschung bietet sich hier noch ein weites Feld.

1) S. G 9.

Lebenslauf

Am 29.6.1937 wurde ich als Sohn des Zahnarztes Dr. Heinrich Bächstädt und seiner Ehefrau Dr. Luise Bächstädt, geb. Spohr, in Göttingen geboren. In der Zeit von Herbst 1943 bis Herbst 1947 besuchte ich die Volksschule in Eschwege. Im Herbst 1947 wurde ich in die Sexta der Friedrich-Wilhelm-Schule zu Eschwege aufgenommen und legte am 4.3.1957 dort die Reifeprüfung ab. Nach einem Studium von acht Semestern Rechtswissenschaft (davon 7 an der Georg-August-Universität zu Göttingen und 1 an der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität zu Frankfurt/M.) bestand ich am 17.11.1961 das Referendarexamen vor dem Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht Celle. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.